

研究所プロジェクト「東アジア・東南アジアにおける西洋近代法 と慣習法の関係に関する研究」

著者	後藤 武秀 ほか
雑誌名	アジア文化研究所研究年報
号	47
ページ	324-292
発行年	2012
URL	http://id.nii.ac.jp/1060/00004433/

研究所プロジェクト

平成24（2012）年度 事業報告

東アジア・東南アジアにおける西洋近代法と 慣習法の関係に関する研究

Relations of Western Law and Local Customs of East Asia and Southeast Asia

〔報告〕研究所プロジェクト

研究課題：東アジア・東南アジアにおける西洋近代法 と慣習法に関する研究

研究代表者 後藤武秀（研究員，法学部法律学科，教授）

本共同研究は，平成24年度から平成26年度までを期限として承認されたものである。研究課題は，以下の通りである。

一 研究の具体的課題

1 東アジア・東南アジア諸国・諸地域においては，国家制定法によってそれぞれの国民の社会生活の多くが規律されるようになってきているが，しかし，それぞれの国・地域の固有の文化規範，固有の宗教規範が慣習法化され，依然として国民生活のとりわけ民事関係に関する生活規範に大きく影響している。それゆえ，単に国家制定法のみを考察対象としたのでは，東アジア・東南アジアの諸国・諸地域の人々の法生活を理解することにならない。現実これら地域において機能している法がどのようなものであり，またどのようにして国家制定法との調整が図られているのかという問題は，それ自体比較法学的にも比較法社会学的にも極めて興味深い問題であるが，これらの地域における日本企業の経済活動が以前よりも数段活発化している今日，単に学術的関心であるにとどまらず，広い意味で日本企業の現地進出を支援する素地を作ることにもつながる。

2 このような課題の下に，本研究においては，以下の2点について具体的事実を解明し，その上に立って慣習法と国家制定法の関係性に関する理論を構築することを目的とする。

3 解明すべき事実の第1は，東アジアにおける慣習法と国家制定法の関係である。東アジアは伝統中国法ないし伝統中国法の根底にある大家族制が慣習法の形成に大きく寄与しており，国家制定法が多くなってきた今日においても慣習法の機能が認められる。しかし，それらは国家制定法の表面的規定にはさほど影響しておらず，むしろ実務ないし法運用の面で機能している。これについては，すでに後藤，井上が民事法を対象として解明してきたところであり，従来の研究成果の上に立って，台湾及び中国南部地域の慣習法と国家制定法の間を商事法，家族法を対象として解明する。とくに，商事法の中でも会社法の分野で2011年に台湾，中国，韓国において時を同じくして法改正が行われているが，その実務面における対応の相違については本研究において解明していくことになる。

4 解明すべき事実の第2は，東南アジアにおける慣習法と国家制定法の関係である。この地域を代表するインドネシア，マレーシアにおいては，本来宗教規範であるイスラーム（法）がこれに帰依する国民生活の大きな部分を規制しており，伝統的なアダット（慣習法）と同化ないしは共存しつつ，その一部は国家制定法の中に取り込まれながら，協働する関係にある。従来，これらの法規範が個別に論じられることはあったが，その相関関係に関する研究は全くといってよいほど行われていない。本研究では，これら諸規範の相関関係を解明していくこととする。研究対象となる法領域は，家族法および企業法分野である。特に企業法分野では，インドネシアでもマレーシアでも西洋近代法に従った国家制定法が陸続と形成されているが，金融に係る領域では，無利子銀行に

象徴されるイスラーム金融が行われており、国家制定法にもその一部が取り込まれている。このような民事、商事に関する領域の発展状況を実証的に検証し、慣習法ないし慣習法化したイスラームと国家制定法の関係性を解明しなければならない。

5 以上の、特に3および4に示した東アジア地域と東南アジア地域における慣習法には、伝統的家族規範に立脚するもの（東アジア地域）と、宗教規範に立脚するもの（東南アジア地域）という相違はあるが、いずれの場合にもグローバル化の進展に伴って国家制定法が大きな比重を占めるようになってきている。この現実を踏まえ、慣習法と国家制定法の関係性を理論化するのが次の試みである。

従来の申請者らの研究により、①植民地経験の中で半強制的に、または統治階層たる外来者への恭順の意思表示として慣習法が西洋近代法型国家制定法に同化していく傾向がみられること（台湾、韓国）、②国家制定法と慣習法が対立し、それが解消されないまま国家制定法と社会的事実の対立が今日にまで残っていること（台湾、南中国）、③国家制定法と慣習化された宗教規範が共存関係を維持している（インドネシア）が、両者が対立した場合の紛争解決機関と手続および準拠規範が明確化されていない（マレーシア）、といった3種類の構造関係が明らかにされてきた。しかし、このような傾向性は家族および企業法制の一端について見られるものであり、それを法体制全体にまで拡大して理論化するとすると、今一段の実証的研究が必要である。

そこで、本研究を通じて、東アジア・東南アジアの諸国・諸地域に共通する一般理論を構築することが最終的目的である。

6 以上の課題に沿って、本共同研究は、次のメンバーによって組織された。

研究代表者：後藤武秀（アジア文化研究所研究員，法学部法律学科教授）

研究分担者：井上貴也（アジア文化研究所研究員，法学部企業法学科教授）

研究分担者：中田有紀（アジア文化研究所研究員，法学部企業法学科助教）

研究分担者：高橋（佐々木）彩（アジア文化研究所客員研究員，苫小牧工専准教授）

二 平成25年度の活動

本年度は、以下の通り、海外において研究報告を行った。

1 第2回 日台アジア未来フォーラム（渥美国際交流財団，台湾大学法律学院，台湾法学会共催）

平成24年5月19日 台湾大学法律学院

後藤武秀「台湾における西洋近代法の受容と慣習法の調整—台湾の伝統的会社組織である合股を例として—」

2 漢陽大学法学部主催セミナー

平成24年11月2日 漢陽大学法学部

後藤武秀「近代日本における会社法制の誕生と変遷—経済状況の変化と慣習を考慮して—」

井上貴也「監査役制度の変遷と経緯」

3 アモイ大学日本研究所セミナー

平成24年11月24日 アモイ大学日本研究所

井上貴也「日本における商事法慣習」

4 ディポネゴロ大学法学部・東洋大学アジア文化研究所共催セミナー

平成24年12月22日 ディポネゴロ大学法学部

後藤武秀「東アジアにおける慣習法の位置づけと機能」

井上貴也「企業統治の変遷と日本での慣習」

中田有紀「インドネシアのムスリムの婚姻・離婚をめぐる裁判と法に関する研究の可能性」

高橋（佐々木）彩「わが国際私法における本国法の決定」

注：アモイ大学日本研究所セミナーは、政治情勢の混沌に遭遇したために招聘研究者の安全のために非公式の会合となった。また、同セミナーにおいて、松本誠一教授の共同研究の成果発表もあわせて行われ、松本誠一「韓国移民とネットワークづくりの文化」、後藤武秀「福建省アモイと台湾の城隍廟を通じた宗教文化の交流」が合わせ報告された。また、ディポネゴロ大学のセミナーでは、高橋（佐々木）彩は、都合により論文参加となった。

以 上

イスラーム銀行顧客の司法へのアクセス

—インドネシアとマレーシアの比較—

Ro'fah Setyowati
Sakina Shaik Ahmad Yusoff
Noor Inayah Yaakob
Jasri Jamal

イスラーム銀行の顧客が紛争解決を行うためには、イスラーム教徒にとって、慣習法として人々が実践してきたイスラーム法（Syariah Islam）に従うことが求められる。本稿は、インドネシアとマレーシアのイスラーム銀行の顧客が司法にアクセスする際、それぞれの国では、イスラーム法に基づいた司法アクセスの実現をどの程度活用しているのかについて明らかにするものである。本稿では、イスラーム銀行顧客の司法へのアクセスについて検討するため、1）イスラーム銀行の顧客の特徴、2）イスラーム銀行顧客の司法へのアクセスの方法、さらに3）インドネシアとマレーシアにおけるイスラーム銀行顧客の司法へのアクセスの実態について明らかにした。

イスラーム銀行は、ムスリムだけでなく非ムスリムによって活用される傾向が高まっている。通常の銀行とは異なり、1）イスラーム銀行の顧客は、シャリーアの原則を基礎とするサービスを受ける権利を持つ。また、（2）イスラーム銀行を展開する国は、司法へのアクセスを含む、銀行顧客のさまざまな権利を保護する義務を有している。特にイスラーム銀行の顧客のための司法へのアクセスには、少なくとも、シャリーアの諸原則についての知識や能力とともに、シャリーアの原則に反することのない法律の参照が必要となる。（3）ムスリムの顧客にとっての事象は、ハラールかハラムかという規定が重要な意味を持つ。したがって、イスラーム銀行顧客に対しては、国家法だけでなく、イスラームの信仰や精神的規律に基づく権利が非常に重視される。

インドネシアとマレーシアのイスラーム銀行顧客のための、司法へのアクセスに関しては、顧客のニーズがますます高まる方向にあることが明らかになった。司法へのアクセスにおいて、シャリーアに従うと、少なくともイスラーム社会関係法（ムアマラート）についての知識を有した者が、イスラームの諸原則に反しないことを参照することが求められる。マレーシアでは、2009年のマレーシア国家銀行法の改訂版において、シャリーアの規定に従うことを義務付けている。しかし、裁判外紛争処理については、マレーシアには、*Kuala Lumpur Regional Centre of Arbitration* (KLRC) が仲裁機関として存在するが、あまり活用されていないのが実態である。

インドネシアの場合、司法機関に関するいくつかの問題が存在する。イスラーム銀行の顧客が司法にアクセスする場合、シャリーアの原則に則って実施する機関がまだ存在しないため、シャリーア銀行法第55条(3)の通り、普通裁判所にアクセスすることになり。他方で、裁判外紛争処理（ADR）を実施する機関は、イスラーム銀行顧客およびその他の人々のための機関として、国家シャリーア仲裁機関（BASYARNAS）が行うことになっている。インドネシアでは、銀行の仲裁機関やそれに関連するメカニズムは、独立した機関や組織が担当するシステムになっていない点が重要な課題である。

インドネシアおよびマレーシアでは、イスラーム銀行顧客が司法にアクセスする場合、関連する

法律や機関およびその仕組み（メカニズム）は異なっている。こうした相違点は、それぞれの国のイスラーム銀行全体の発展に対する法制度や政府の政策、さらに民衆の関わり方などが影響している。

AKSES KEPADA KEADILAN NASABAH PERBANKAN ISLAM: PERBANDINGAN INDONESIA DAN MALAYSIA

Ro'fah Setyowati ⁽¹⁾
Sakina Shaik Ahmad Yusoff ⁽²⁾
Noor Inayah Yaakob ⁽³⁾
Jasri Jamal ⁽⁴⁾

ABSTRAK

Akses kepada keadilan sangat diperlukan oleh setiap nasabah, ketika terjadi sengketa, termasuk nasabah perbankan Islam. Namun nasabah perbankan Islam mempunyai karakter khusus yang berbeda dengan nasabah perbankan konvensional, terutama dalam hal kesesuaian dengan syariah Islam. Akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam yang dilaksanakan secara tepat dapat meningkatkan kepercayaan nasabah terhadap institusi perbankan Islam. Pada kelanjutannya, hal demikian dapat meningkatkan perkembangan industri perbankan Islam di berbagai negara yang ikut mengoperasikan perbankan Islam. Akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam di Indonesia dan Malaysia berbeda dalam beberapa hal. Paper ini bertujuan menganalisis pelaksanaan akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam di Indonesia dan Malaysia. Pendekatan perbandingan dan analitis kritis diutamakan dalam menganalisis permasalahan ini.

Kata kunci: *Akses kepada keadilan, nasabah perbankan Islam, Indonesia dan Malaysia.*

1. Pendahuluan.

Akses kepada keadilan adalah hak setiap orang, mengingat keadilan merupakan hak setiap orang. Dalam banyak kajian tentang akses kepada keadilan, penekanan lebih cenderung diarahkan pada pihak yang mempunyai kedudukan lemah. Kedudukan lemah dalam konteks ini baik dari aspek ekonomi, sosial maupun yang lainnya. Pernyataan demikian adalah wajar, mengingat bagi pihak yang mampu atau kuat, akses kepada keadilan lebih mudah diperoleh. Guna membahas akses kepada keadilan nasabah perbankan Islam, dalam paper ini akan diuraikan tiga sub tema, yaitu: (i) karakteristik nasabah perbankan Islam; (ii) akses kepada keadilan sebagai keperluan nasabah perbankan Islam; (iii) perbandingan pelaksanaan akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam di Indonesia dan Malaysia.

‘Keadilan’ adalah tujuan utama hukum⁽⁵⁾. Ini berarti bahwa keadilan merupakan hal yang dicari jika

terdapat permasalahan dalam bidang hukum. Sedangkan, ‘akses’ merupakan suatu jalan atau jalan ke suatu tujuan yang diinginkan atau diperlukan. Pemberian makna secara umum terhadap ‘akses kepada keadilan’ merupakan suatu cara atau prosedur yang dapat dilakukan oleh setiap orang untuk mendapatkan keadilan yang diperlukan. Namun, mengingat ‘keadilan’ mempunyai pengertian yang sangat luas, pada dasarnya untuk memberikan pengertian yang tepat tentang ‘akses kepada keadilan’ adalah tidak mudah⁽⁶⁾. Dalam hal ini, Sakina⁽⁷⁾ menyatakan ‘akses kepada keadilan’ merupakan satu pernyataan yang memberi gambaran bahwa keadilan dapat dicapai melalui kaidah-kaidah dan ruang-ruang tertentu. Dalam kesempatan lain pula, beliau menyatakan ‘akses keadilan sebagai proses atau mekanisme untuk mendapatkan ganti rugi bagi konsumen jika terjadi pelanggaran kontraktual dalam perdagangan⁽⁸⁾. Berdasarkan pengertian yang demikian, jika diterapkan dalam konteks sengketa nasabah perbankan Islam, maka ‘akses kepada keadilan’ adalah jalur bagi nasabah perbankan Islam untuk mendapatkan keadilan yang sesuai dengan karakternya.

2. Karakteristik Nasabah Perbankan Islam

Secara garis besar, nasabah perbankan Islam terdiri dari nasabah Muslim dan bukan Muslim. Hal ini merupakan salah satu fenomena menarik bahwa sistem ekonomi berbasis syari’ah juga diminati oleh para pelaku bisnis maupun konsumen non Muslim⁽⁹⁾. Hal demikian secara tidak langsung membuktikan bahwa konsep ekonomi Islam yang bersifat universal bahwa Islam merupakan agama *rahmatan lil ‘alamin* (memberi kebaikan untuk seluruh alam). Dalam membahas tentang karakteristik nasabah perbankan Islam dalam paper ini, yang dimaksud nasabah di sini dibatasi hanya nasabah Muslim. Hal ini berkaitan dengan falsafah Islam yang menghubungkan tujuan pendirian institusi perbankan Islam, dengan nasabah Muslim. Hubungan antara Falsafah Islam bagi nasabah bank Islam merupakan hal yang bersifat sangat mendasar dan penting karena berpengaruh terhadap hak-hak nasabah perbankan Islam. Hal ini berbeda dengan nasabah perbankan konvensional. Beberapa hal yang dapat menjelaskan adanya perbedaan antara nasabah perbankan Islam dengan perbankan konvensional tersebut antara lain :

- (i) Munculnya perbedaan hak antara nasabah perbankan Islam dengan perbankan konvensional adalah bersamaan dengan mulai didirikannya institusi perbankan Islam yang menawarkan layanan bedasar pada prinsip syariah. Berdasarkan pada “*corporate identity*” yang dinyatakan oleh perbankan Islam sebagai bank yang beroperasi sesuai syariah Islam, hal ini membawa konsekwensi adanya alternatif bagi calon nasabah untuk memilih jasa bank yang beroperasi dengan sistem syariah atau sistem konvensional (sistem bunga). Orientasi pendirian bank Islam adalah untuk memberikan layanan perbankan yang berbasis syariah, maka dalam hal ini, bank bertanggungjawab untuk menjamin bahwa seluruh aktifitasnya sesuai dengan syariah. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa kesesuaian syariah dalam operasional perbankan Islam, merupakan hak nasabah.
- (ii) Bagi negara yang mengakui perbankan Islam dengan landasan perundang-undangan, maka negara mempunyai kewajiban untuk mendukung berbagai hal yang diperlukan berkaitan dengan karakteristik perbankan Islam, termasuk di dalamnya nasabah perbankan Islam. Artinya, negara mempunyai kewajiban memberikan perlindungan terhadap hak-hak nasabah termasuk dalam konteks akses kepada keadilan. Terdapat kekhususan yang diperlukan nasabah perbankan Islam dalam konteks akses kepada keadilan, yaitu: (i) pada proses akses kepada keadilan diselenggarakan oleh pihak-pihak yang mempunyai

kompetensi keilmuan tentang syariah, dan (ii) menggunakan rujukan perundang-undangan yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah⁽¹⁰⁾.

Dalam konteks hak-hak nasabah perbankan Islam, dengan adanya perundangan yang secara khusus mengatur tentang operasional perbankan Islam, maka baik Indonesia maupun Malaysia sudah semestinya memberikan berbagai konsekuensi yang timbul dari pengakuan tersebut. Salah satu di antaranya ialah terhadap keperluan akses kepada keadilan harus tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah.

- (iii) Bagi nasabah secara pribadi, khususnya yang Muslim, mempunyai kewajiban untuk memperhatikan nilai-nilai agama Islam tentang hukum halal maupun haram terhadap setiap yang dimakan maupun digunakan. Hal ini didasarkan pada Al Qur'an Surah Al Baqarah ayat 168 yang artinya: "Wahai sekalian manusia! Makanlah dari apa yang ada di bumi yang halal⁽¹¹⁾ lagi baik, dan janganlah kamu ikut jejak langkah syaitan, karena sesungguhnya syaitan itu adalah musuh yang nyata bagi kamu." Selain itu, dalam hadis lain yang berkaitan, diriwayatkan oleh Nu'man bin Basyir r.a.⁽¹²⁾.

Berdasarkan pada ketiga alasan di atas, hal tersebut mempertegas bahwa pada nasabah perbankan Islam mempunyai hak yang bersumber dari keyakinan agama atau aspek spiritual⁽¹³⁾. Hal ini menambahkan sumber hak-hak lain yang sebelumnya hanya dikenal dua macam yaitu perundangan dan perjanjian. Dalam prakteknya, hal tersebut dinyatakan dalam perjanjian nasabah dengan institusi perbankan Islam. Di Indonesia, secara khusus hak tersebut bedasar pada perundangan perbankan dan perbankan syariah. Secara umum hak tersebut juga berdasarkan pada konstitusi Negara Republik Indonesia yaitu Undang-undang Dasar 1945, khususnya pasal 29 yang memberikan jaminan pelaksanaan ajaran agama yang diakui di Indonesia yang memerlukan campur tangan negara⁽¹⁴⁾. Hubungannya dengan hak tersebut, karena pilihan untuk bermuamalah sesuai syariah ini dilandasi oleh kebutuhan memenuhi kewajiban agama. Di Malaysia pun konstitusi yang dikenal dengan istilah perlembagaan bahkan menyakan bahwa Islam sebagai agama resmi kerajaan. Oleh karena itu, berlakunya hukum Islam mendapat dukungan penuh dari pihak kerajaan.

Namun demikian, pada dasarnya eksistensi hak yang berlandaskan aspek spiritual demikian belum disadari secara umum. Hal ini dapat ditunjukkan melalui hak-hak yang diakui secara universal oleh PBB, bahwa hak spiritual belum terakomodasi. Ini tercermin juga pada pernyataan PBB dalam Garis Panduan Perlindungan Konsumen yang diterima bulat oleh para anggotanya pada 10 April 1985⁽¹⁵⁾ yang menghimbau agar menjamin penegakan hak-hak konsumen tersebut di negara masing-masing. Pernyataan ini menegaskan pengakuan yang telah populer menjadi rujukan perlindungan konsumen internasional bahwa: "konsumen di mana pun mereka berada, dari segala bangsa, mempunyai hak-hak dasar sosialnya"⁽¹⁶⁾. Hak-hak konsumen dapat dirincikan dalam sepuluh jenis, yaitu:

- 1) Hak atas keamanan dan keselamatan;
- 2) Hak untuk memperoleh maklumat;
- 3) Hak untuk memilih;
- 4) Hak untuk didengar;
- 5) Hak untuk memperoleh keperluan hidup;
- 6) Hak untuk memperoleh tebus rugi;
- 7) Hak untuk memperoleh pendidikan konsumen;
- 8) Hak untuk memperoleh lingkungan alam lestari, bersih dan sihat;

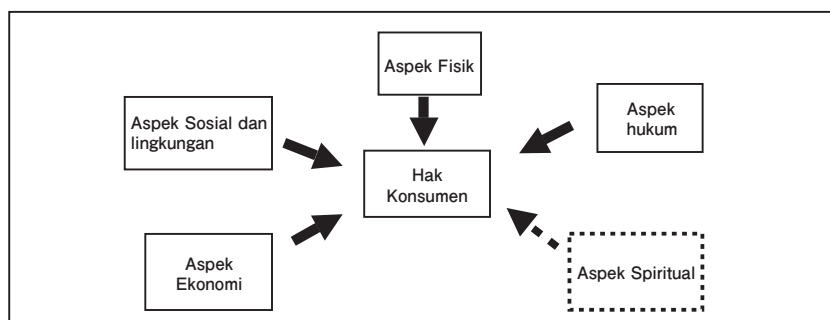
- 9) Hak untuk mendapatkan barangan sesuai dengan nilai tukar yang diberikan;
- 10) Hak untuk mendapatkan penyelesaian upaya undang-undang yang patut.

Dari berbagai macam hak-hak konsumen yang ada hingga saat ini, pada dasarnya definisi konsumen dan ruang lingkup hak-hak konsumen telah mengalami perkembangan dari waktu ke waktu berdasarkan kebutuhan konsumen. Namun demikian belum dijumpai pengakuan hak yang bersifat spiritual⁽¹⁷⁾. Seperti juga pandangan Nasution⁽¹⁸⁾ dan Ali Mansur⁽¹⁹⁾ yang menyatakan bahwa keseluruhan hak-hak konsumen pada dasarnya dapat dikelompokkan berdasarkan beberapa aspek kepentingan konsumen yang terdiri dari empat aspek yaitu:

- 1) Kepentingan fisik
- 2) Kepentingan sosial dan lingkungan
- 3) Kepentingan ekonomi
- 4) Kepentingan perlindungan hukum.

Kepentingan perlindungan hukum dipisahkan secara khusus sebagai suatu penegasan, bukan berarti kepentingan lain tidak termasuk pada keperluan perlindungan hukum bagi konsumen. Menurut Sakina, hal ini disebabkan hukum merupakan kaidah perlindungan konsumen paling efektif⁽²⁰⁾. Hal ini menunjukkan adanya perhatian yang semakin baik kepada kepentingan konsumen. Pada mulanya hak konsumen hanya empat hak dasar, berkembang menjadi enam, selanjutnya terdapat sepuluh ragam hak. Dengan demikian dapat diperkirakan bahwa hak-hak konsumen dapat bertambah luas apabila ditemukan justifikasi kuat yang bersifat universal sehingga akan menambah daftar hak-hak konsumen. Perubahan ini sangat dimungkinkan sebagaimana kemungkinan yang terjadi pada sejarah pemikiran dan kehidupan manusia yang terus berubah. Hak-hak konsumen yang terdapat dalam Undang-undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen di Indonesia (UUPK) merupakan satu contoh nyata hal ini. Di dalam UUPK telah dinyatakan kemungkinan penambahan hak konsumen jika berdasarkan undang-undang baru. Pernyataan tersebut mempunyai makna yang fleksibel dan bersedia menampung adanya perubahan dalam makna penambahan hak konsumen apabila sesuatu perundangan menghendakinya. Kehendak perundangan baik yang dihasilkan oleh institusi legislatif atas usulan institusi pemerintah/kerajaan ataupun tidak, pada dasarnya merupakan cerminan kehendak masyarakat.

Aspek spiritual ini sangat penting bagi masyarakat yang memegang teguh keyakinan, baik yang berdasarkan pada agama maupun bukan agama. Rasional dari hak spiritual yang bersumberkan dari ajaran agama adalah disebabkan setiap ajaran agama mempunyai ketentuan-ketentuan baik berbentuk perintah maupun larangan. Dalam hal perintah agama, kewajiban pemeluk agama ialah mengikuti, sedangkan dalam hal larangan maka bentuk kewajibannya adalah menghindarkan. Kewajiban ini berlaku di mana saja dan



Gambar 1. Keseluruhan Aspek Hak Konsumen

kan saja, tanpa memperhitungkan tempat dan waktu. Oleh karena itu, hal yang demikian adalah melekat pada konsumen yang mengamalkan agama sehingga hal ini menjadi hak yang sepatutnya mendapat perlindungan pula. Berkaitan dengan rasional di atas, penulis mengusulkan perlunya aspek spiritual menjadi bagian dari kepentingan konsumen yang semestinya juga mendapatkan perlindungan. Dengan demikian, hak spiritual ini juga menjadi bagian dari hak nasabah perbankan Islam. Sebagai gambaran keseluruhan aspek yang melingkupi hak-hak konsumen menurut penulis dapat dilihat dalam Gambar 1 berikut.

Berkaitan dengan hal ini, Ali Mansur⁽²¹⁾ menyatakan perlindungan hukum bagi konsumen pada intinya bertujuan agar konsumen mendapatkan akses kepada keadilan (*access to justice*). Dari perspektif konsumerisme, hal ini sangat penting, mengingat semakin meningkatnya kecerobohan pengusaha sehingga terjadinya gangguan fisik, jiwa atau kerugian lain konsumen, serta tidak didapatkannya nilai manfaat yang seimbang dengan pembayaran oleh konsumen. Keadaan ini menjadi lebih parah karena adanya kecenderungan pemerintah/kerajaan yang lebih memperhatikan kepentingan pengusaha, disebabkan pengusaha dianggap sebagai sumber pembayaran pajak, penyedia lapangan pekerjaan dan membantu memperoleh pendapatan negara. Dalam konteks akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam, permasalahan ini juga kurang mendapat perhatian secara mendalam baik oleh institusi perbankan Islam sendiri maupun pemerintah/kerajaan. Keberadaan Dewan Pengawas Syariah (DPS) di Indonesia dan Majelis Penasihat Syariah (MPS) di Malaysia yang berfungsi melakukan pengawasan dari aspek syariah juga tidak menjangkau sampai pada persoalan akses kepada keadilan. Hal ini dapat dipahami mengingat persoalan akses kepada keadilan telah melibatkan institusi lain di luar perbankan Islam. Institusi tersebut antara lain: peradilan, institusi ADR baik dalam bentuk mediasi maupun arbitrase. Kesimpulannya, bagi nasabah perbankan Islam, khususnya yang Muslim mempunyai hak yang berkaitan dengan aspek spiritual, selain hak-hak berkaitan dengan aspek fisik, sosial dan lingkungan, ekonomi, serta hukum. Dalam konteks akses kepada keadilan, bentuk keperluan nasabah ialah kepastian bahwa akses kepada keadilan dilakukan sesuai syariah. Hal ini dapat dipenuhi sedikit-tidaknya melalui dua hal yaitu: diselenggarakan oleh pihak yang mempunyai kompetensi keilmuan tentang muamalah, dan menggunakan referensi atau rujukan yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah.

3. Akses Kepada Keadilan: Kepentingan Nasabah Perbankan Islam

Adnan Buyung Nasution⁽²²⁾ memberikan definisi lebih lengkap mengenai akses kepada keadilan dalam tiga makna yaitu: **pertama**, memiliki persamaan dengan makna hak untuk memperoleh dan menggunakan manfaat dari sesuatu. Dalam konteks perbankan Islam, nasabah mempunyai hak untuk mendapatkan perlindungan yang semestinya. Oleh itu, nasabah berhak memanfaatkan akses kepada keadilan yang dapat diperoleh melalui berbagai pendekatan yang disediakan beserta berbagai faktor yang mendukungnya. **Kedua**, mengandung pengertian ketersediaan. Dalam sistem peradilan, ‘akses’ berarti adanya jaminan ketersediaan sarana kemudahan hak bagi masyarakat untuk mencapai keadilan. Berasaskan definisi ini, maka pemerintah/kerajaan wajib menyediakan sarana dan prasarana pendukung untuk dapat memperoleh perlindungan. Bagi nasabah yang pada umumnya masyarakat ekonomi lemah atau kurang beruntung, maka diperlukan akses kepada keadilan yang murah, mudah dan cepat. Definisi tentang akses yang demikian mendorong perlunya pemerintah/kerajaan menyediakan bantuan advokasi maupun pekerja pada institusi bantuan hukum, paralegal⁽²³⁾ atau sedikit-tidaknya mendukung didirikannya institusi persatuan konsumen, agar para konsumen tidak senantiasa tertindas hak-haknya. **Ketiga**, akses dapat juga diartikan sebagai sebuah metode dan

prosedur. Sehingga usaha memperluas akses masyarakat konsumen atas keadilan, tanpa membahas metode dan prosedur pelayanan, pencapaian dan pemenuhannya, dapat membangkitkan keadilan tidak akan pernah dapat dijangkau oleh masyarakat konsumen. Hal-hal di atas mencakupi nasabah perbankan Islam.

Hal di atas diperkuat dengan pandangan bahwa akses kepada keadilan merupakan satu hak asas manusia. Jaminan konstitusi dan tanggung jawab negara dalam memberikan kemudahan untuk akses kepada keadilan telah diatur dalam perundangan. Akses kepada keadilan bagi masyarakat, terutama masyarakat yang kurang beruntung dapat dilakukan melalui pemberian bantuan pengacara secara gratis oleh pemerintah/kerajaan⁽²⁴⁾. Berkaitan dengan hal ini, setidaknya-tidaknnya ada enam syarat yang harus dipenuhi agar negara dapat menunaikan kewajibannya dalam mengenalkan perlindungan maupun pemenuhan akses kepada keadilan bagi semua orang, yaitu:

- (1) adanya profesionalisme para penegak hukum;
- (2) adanya sistem informasi terpadu yang dapat diakses secara mudah oleh masyarakat;
- (3) adanya transparansi pada institusi para penegak hukum;
- (4) adanya penegak hukum yang bertanggung jawab (akuntabel) dalam melaksanakan tugas dan layanan kepada masyarakat;
- (5) adanya kesadaran bahwa profesi penegak hukum (polisi, pengacara, dan hakim) merupakan profesi yang mulia (*nobile*), dan
- (6) adanya jaminan perlindungan dan penghargaan yang layak bagi para penegak hukum.

Peraturan perundangan yang menjamin akses masyarakat terhadap keadilan sangat diperlukan. Keperluan akses kepada keadilan dalam konteks ini bukanlah akses kepada keadilan yang sempit, namun keadilan dalam makna yang lebih luas yaitu mencakup semua bidang kehidupan, termasuk akses kepada keadilan bagi sumber daya alam, akses keadilan dalam hubungan kerja formal dan informal, bahkan akses keadilan dan kesamarataan gender⁽²⁵⁾.

Dalam konteks pencarian keadilan inilah, masyarakat yang menjadi korban ketidakadilan sangat memerlukan akses untuk memperoleh keadilan. Akses terhadap keadilan menjadi sangat penting disebabkan lemahnya kedudukan tawar masyarakat pada umumnya, institusi dan aparat pemerintah yang tidak mampu dalam memberikan perlindungan, di samping prosedur hukum formal yang sering tidak berpihak kepada masyarakat yang menuntut keadilan⁽²⁶⁾. Dalam suatu negara yang berasaskan pada konstitusi/perlembagaan, akses kepada keadilan merupakan perwujudan atau bentuk dari keadilan itu sendiri. Oleh karena itu, tanpa adanya akses, maka semua makna hukum negara menjadi kosong atau tidak berarti. Akses kepada keadilan adalah hak warganegara yang harus dipenuhi oleh pemerintah/kerajaan berdasarkan hukum. Oleh karena itu hal ini menjadi keperluan bagi semua konsumen. Termasuk dalam hal ini adalah akses bagi nasabah perbankan Islam yang mempunyai karakteristik khusus yang berbeda dengan konsumen atau nasabah perbankan konvensional. Pengabaian akses kepada keadilan dapat menjadi sebab kegagalan prinsip persamaan dalam hukum.

Akses kepada keadilan baru diperlukan dalam proses perlindungan para pihak apabila terjadi pengingkaran dalam hubungan kontraktual sehingga pihak yang dirugikan kecewa dan meminta perlakuan yang adil berkaitan dengan halnya. Akan tetapi akses kepada keadilan baru dapat dimanfaatkan oleh nasabah

jika telah ada peraturan perundangan yang menjadi dasar untuk pelaksanaannya. Oleh karena itu, dalam membahas akses kepada keadilan khususnya bagi nasabah perbankan Islam, perlu mengetahui: (i) perundangan yang menjadi dasar, (ii) institusi yang melaksanakan akses kepada keadilan, serta (iii) bentuk mekanisme akses kepada keadilan itu sendiri pada setiap institusinya. Pemahaman terhadap ketiga faktor tersebut tidak dapat dipisahkan mengingat satu faktor memang terkait dengan faktor lainnya. Namun demikian, penekanan pada kajian ini adalah pada faktor dua dan ketiga, meskipun tidak meninggalkan hubungannya dengan faktor pertama.

4. Perundang-undangan, Institusi dan Mekanisme Akses Kepada Keadilan Di Indonesia dan Malaysia

Dalam paper ini, pembahasan mengenai perundang-undangan hanya bersifat melengkapi. Oleh karena itu, uraian tentang perundang-undangan hanya memberikan penekanan pada beberapa undang-undang yang berkaitan dengan kelembagaan perbankan Islam.

a) Perundang-undangan Terkait Perbankan Islam di Indonesia dan Malaysia

Di Indonesia, perundang-undangan yang menjadi landasan awal bagi perbankan Islam adalah Undang-undang No. 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan (UU 7/1992), selanjutnya Undang-Undang Nomor 10 tahun 1998 Tentang Perubahan atas Undang-undang Perbankan (UU 10/1998). Dalam UU 10/1998, perbankan Islam dijelaskan sebagai kegiatan usaha yang dilaksanakan sesuai dengan prinsip syariah, namun lembaga ini tidak disebut dengan istilah ‘perbankan Islam’ atau ‘perbankan syariah’, melainkan dengan istilah ‘bank bagi hasil’ dan ‘bank berdasarkan prinsip syariah’. Pasal 6, Pasal 7 dan Pasal 13 memberikan pengakuan terhadap kegiatan usaha secara khusus untuk bank syariah.

Selanjutnya, Undang-undang yang secara khusus ditujukan untuk keperluan perbankan Islam di Indonesia ialah Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Bank Syariah (UU 21/2008). Dalam UU 21/2008 ini terdapat beberapa definisi yang jelas tentang hubungan antara nasabah dengan penerapan prinsip-prinsip Islam. Beberapa pasal yang memberikan ketentuan secara khusus berkaitan dengan hal tersebut sebagaimana dalam Tabel 1 berikut: ⁽²⁷⁾

Tabel 1. Muatan ‘Syariah’ Pada UU No.21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah

Pasal	Muatan
Pasal 1 ayat 1	Perbankan Syariah adalah segala sesuatu yang menyangkut tentang Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah, mencakup kelembagaan, kegiatan usaha, serta cara dan proses dalam melaksanakan kegiatan usahanya.
Pasal 1 ayat 7	Bank Syariah adalah bank yang menjalankan kegiatan usahanya berdasarkan Prinsip Syariah. Menurut jenisnya terdiri atas Bank Umum Syariah dan Bank Pembiayaan Rakyat Syariah.
Pasal 1 ayat 8	Bank Umum Syariah adalah Bank Syariah yang dalam kegiatannya memberikan jasa dalam lalu lintas pembayaran.
Pasal 1 ayat 12	prinsip syariah adalah prinsip perundangan Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh institusi yang memiliki kuasa dalam penetapan fatwa di bidang syariah.

Pasal 1 ayat 13	Akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau UUS dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah.
Pasal 1 ayat 16	Nasabah perbankan adalah pihak yang menggunakan jasa Bank Syariah dan/atau UUS.
Pasal 1 ayat 17	Nasabah penyimpan adalah nasabah yang menempatkan dananya di Bank Syariah dan/atau UUS dalam bentuk simpanan berdasarkan Akad antara Bank Syariah atau UUS dan nasabah yang bersangkutan.
Pasal 1 ayat 18	Nasabah investor adalah nasabah yang menempatkan dananya di Bank Syariah dan/atau UUS dalam bentuk investasi berdasarkan Akad antara Bank Syariah atau UUS dan nasabah yang bersangkutan.
Pasal 1 ayat 19	Nasabah penerima fasilitas adalah nasabah yang memperoleh fasilitas dana atau yang dipersamakan dengan itu, berdasarkan Prinsip Syariah.
Pasal 2	Perbankan Syariah dalam melakukan kegiatan usahanya berasaskan Prinsip Syariah, demokrasi ekonomi, dan prinsip kehati-hatian.
Pasal 3	Perbankan Syariah bertujuan mendukung pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan keadilan, kebersamaan, dan pemerataan kesejahteraan rakyat.

Tidak seperti Indonesia, undang-undang yang menjadi dasar bagi perbankan Islam di Malaysia dipisahkan dalam dua perundangan perbankan, yaitu Akta Bank Islam 1983 (ABI 1983) dan Akta Bank dan Institusi Kewangan 1989 (ABDIK 1989) serta akta bank sentral yaitu Akta Bank Negara Malaysia amandemen 2009. Ketiga perundangan tersebut merupakan kerangka kerja utama kelembagaan perbankan Islam di Malaysia.

ABI 1983 memberi definisi berkaitan dengan istilah ‘bank Islam’. Dalam penjelasannya, ‘perniagaan perbankan Islam’ adalah satu usaha perbankan yang bertujuan dan beroperasi tanpa terlibat dengan hal-hal yang tidak dibenarkan oleh agama Islam. Hal ini dapat dipahami bahwa pada intinya ABI 1983 menekankan agar produk-produk yang diperkenalkan oleh bank-bank Islam tidak menjurus pada hal-hal yang dilarang hukum Islam⁽²⁸⁾. Dalam pelaksanaannya, definisi yang luas tentang ‘perniagaan Islam’ dan ‘agama Islam’ ini menimbulkan perbedaan pandangan. Mohamed Ismail⁽²⁹⁾ menyatakan definisi yang demikian dapat menimbulkan kekeliruan pemahaman. Noor Inayah menyatakan bahwa hal tersebut telah memunculkan masalah hukum berupa tidak jelasnya landasan hukum perbankan itu sendiri⁽³⁰⁾. Namun, menurut Engku Rabiah⁽³¹⁾ luasnya definisi tersebut dimaksudkan supaya pihak pelaksana perbankan Islam mempunyai keleluasaan untuk memberi penafsiran.

Selain ABI 1983, terdapat ABDIK 1989 yang ditujukan untuk mengawasi dan mengendalikan dua bentuk perbankan yaitu bank konvensional dan bank konvensional yang ikut memberikan jasa dalam bentuk Skim Perbankan Islam (SPI)⁽³²⁾. Definisi tentang ‘usaha perbankan Islam’ dalam ABDIK 1989 dan ABI adalah sama. Kesamaan kedua Akta tersebut juga tentang ketentuan bahwa setiap institusi yang melaksanakan jasa layanan perbankan dan keuangan Islam dapat merujuk kepada Majelis Penasihat Syariah (MPS) Bank Negara Malaysia dan harus mematuhi arahan dan keputusan dari BNM dan MPS⁽³³⁾. Namun, terdapat pernyataan yang menarik pada Akta ini yang menjelaskan bahwa institusi di bawah ABDIK ini bukanlah bank Islam, tetapi hanya bank konvensional yang menawarkan layanan perbankan dan keuangan Islam⁽³⁴⁾.

Dalam konteks akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam di Indonesia, selain menggunakan dasar perundang-undangan tentang perbankan Islam, juga perundang-undangan yang berkaitan dengan

kekuasaan kehakiman dan Undang-undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Sedangkan di Malaysia, dalam konteks akses kepada keadilan, perundangan terkait ialah Perlembagaan Persekutuan yang menempatkan penyelesaian kasus bagi perbankan Islam di Mahkamah Sivil⁽³⁵⁾.

Selanjutnya, berkaitan dengan institusi dan mekanisme akses kepada keadilan, terdapat dua jenis jalur yaitu peradilan dan ADR (*Alternatif Dispute Resolution*). Digunakannya institusi dan mekanisme tersebut adalah berkaitan dengan kecenderungan kebutuhan masyarakat terhadap fungsi akses kepada keadilan yang mengalami perkembangan. Pada awalnya, institusi dan mekanisme akses kepada keadilan hanya terdapat pada peradilan. Oleh karena itu, Sakina⁽³⁶⁾ menyebutnya sebagai jalur akses kepada keadilan tradisional. Selanjutnya berkembang jalur alternatif yang disebut sebagai mekanisme modern. Namun demikian, jika melihat hal ini dari perspektif sejarah perkembangan Islam, sesungguhnya mekanisme akses kepada keadilan baik yang tradisional maupun modern, telah dikenal dan dilaksanakan oleh masyarakat zaman dahulu, semasa Rasulullah Muhammad SAW dan para khulafa ur-rasydin. Mekanisme tersebut adalah *al qadha* untuk jalur peradilan, *sulh* untuk mekanisme ADR mediasi, dan tahkim untuk mekanisme ADR arbitrase⁽³⁷⁾.

b) Institusi dan Mekanisme Akses Kepada Keadilan melalui Sistem Peradilan

Sistem Peradilan merupakan satu institusi bagi pencari keadilan dengan penyelesaian tradisional. Pada dasarnya, eksistensi institusi peradilan muncul seiring dengan kesadaran masyarakat terhadap perlunya hukum, mengingat peradilan diperlukan untuk menegakkan hukum yang telah dibuat dalam sebuah masyarakat. Oleh karena itu, jauh sebelum sistem penyelesaian sengketa alternatif berkembang, peradilan merupakan institusi yang dirujuk bagi siapa saja yang memerlukan keadilan. Hal demikian sesuai dengan pandangan Mukti Arto, bahwa dalam menjalankan peranannya, institusi peradilan mempunyai tugas utama, yaitu:⁽³⁸⁾ (1) Memberikan perlakuan yang adil dan manusiawi kepada pencari keadilan; (2) Memberi layanan yang simpati dan bantuan yang diperlukan bagi pencari keadilan; (3) Memberikan penyelesaian sengketa secara efektif, efisien, dan terpercaya sehingga memuaskan hati pihak-pihak terlibat dan masyarakat.

Eksistensi peradilan merupakan bagian yang tak dapat dipisahkan dari adanya sebuah negara atau pemerintahan. Pada dasarnya institusi peradilan mewakili unsur ‘yudikatif’ dalam sebuah negara selain unsur ‘legislatif’ dan ‘eksekutif’⁽³⁹⁾. Oleh karena itu, fungsi peradilan selalu ada dalam sebuah negara, sebagai institusi yang bertanggungjawab atas penyelenggaraan keadilan masyarakat. Akibat dari rasional tersebut, maka segala yang terkait dengan peradilan menjadi tanggungjawab negara untuk menyelenggarakannya. Dengan demikian, pengelolaan dan mekanisme institusi peradilan juga diatur oleh negara secara terperinci berdasarkan undang-undang yang ditetapkan. Termasuk para hakim dan semua stafnya juga dilaksanakan oleh negara. Hal ini antara lain yang menyebabkan penyelesaian melalui peradilan menunjukkan kesan kaku, formal dan sukar berkembang mengikuti keperluan perubahan zaman.

Beberapa kritikan yang diarahkan kepada peradilan merupakan penyebab terbesar terbentuknya institusi dan mekanisme penyelesaian sengketa alternatif antara lain:

Tabel 2 Kelemahan institusi dan Mekanisme Peradilan Bagi Konsumen

No	Kelemahan	Uraian
1	Kurang adil	Hasil keputusan peradilan dalam penyelesaian sengketa sukar memenuhi keadilan kepada kedua pihak yang bersengketa, karena keputusannya menetapkan pihak yang menang dan yang kalah.
2	Menimbulkan rasa permusuhan	Persidangan di peradilan cenderung menimbulkan permasalahan baru yaitu rasa bermusuhan antara para pihak disebabkan mekanisme peradilan mengangkat seluruh persoalan dalam suatu perkara, sehingga mendorong pihak terkait untuk melakukan penyelidikan terhadap kelemahan-kelemahan pihak lainnya;
3	Masa yang panjang	Proses persidangan yang panjang disebabkan banyaknya tahapan penyelesaian sengketa. Contoh di Indonesia, proses beracara berawal di peradilan tingkat pertama, banding hingga Kasasi dan Peninjauan Kembali kepada Mahkamah Agung
4	Biaya mahal	Bentuk mekanisme peradilan memerlukan biaya mahal dan pengeluaran tinggi dibandingkan dengan nilai tuntutan yang dibuat. Biaya yang perlu ditanggung konsumen antara lain fee pengacara, fee untuk testimoni pakar atau saksi ahli, fee perjalanan pulang pergi ke peradilan, dan pembayaran bagi pihak yang kalah kepada pihak yang menang
5	Tidak respon	tidak responsif
6	Banyak pelanggaran	Banyak pelanggaran dalam pelaksanaannya, seperti suap atau pelanggaran prosedur.
7	Konsumen perlu pengacara	Mekanisme peradilan memaksa para pihak berada pada kedudukan yang ekstrim dan memerlukan pembelaan (<i>advocacy</i>)
8	Tidak netral	Hakim seringkali bertindak tidak netral dan kurang mengikuti perkembangan ilmu pengetahuan
9	Persidangan terbuka	Persidangan di peradilan dilakukan secara terbuka, padahal kerahasiaan wujudnya kasus adalah diutamakan dalam dunia bisnis.
10	kurang profesional	Hakim dianggap kurang profesional kurang menguasai substansi hukum terkait dengan permasalahan sengketa yang bersangkutan
11	Persepsi negatif	Penilaian yang kurang baik terhadap institusi peradilan
12	Banyak kasus tertunggak	Beban yang terlampaui padat (<i>overloaded</i>) menyebabkan keterlambatan dalam menyelesaikan suatu kasus sehingga banyak kasus tertunggak ⁽⁴⁰⁾ .
13	Mekanisme terlalu formal dan teknis	Mekanisme di peradilan terlampaui formalistik (<i>formalistic</i>) dan terlampaui teknis (<i>technically</i>).
14	Konsumen sukar paham	Mekanisme peradilan mempengaruhi konsumen sukar mengetengahkan permasalahan disebabkan peradilan lebih mengutamakan keterangan dan prosedur yang sukar dipahami konsumen.
15	Psikologi konsumen tertekan	Penghakiman dengan mekanisme peradilan tidak memperhatikan faktor psikologi semua pihak. Bahkan berkesan menekan konsumen dengan berbagai prosedur, bahasa dan penampilan para hakimnya dengan sifat-sifat yang kurang ramah.

Sumber: Rosiati et al⁽⁴¹⁾, Sakina⁽⁴²⁾ Ismulhadi⁽⁴³⁾, Ridwan Khairandy⁽⁴⁴⁾

研究課題…東アジア・東南アジアにおける西洋近代法と慣習法の関係に関する研究

三二〇

Meskipun eksistensi peradilan sebagai institusi penyelesaian sengketa telah banyak mendapat kritikan, hingga menghasilkan ide munculnya penyelesaian alternatif di luar peradilan, namun peranan dan keterlibatannya terhadap akses kepada keadilan tidak dapat dinafikan. Hal ini disebabkan, jika terdapat satu kesepakatan ataupun putusan dari institusi penyelesaian di luar peradilan yang tidak dilaksanakan secara sukarela oleh para pihak, maka dapat diselesaikan pada peradilan. Dengan demikian dapat dikatakan, hal ini sebagai satu kelebihan sistem peradilan. Menurut Mukti Arto⁽⁴⁵⁾ hal yang demikian membuktikan bahwa peradilan merupakan harapan terakhir untuk akses kepada keadilan bagi pihak-pihak terkait.

Perbedaan penyelesaian sengketa perbankan Islam yang dilakukan oleh institusi peradilan dengan mekanismenya, seperti dalam Tabel 3 berikut.

Tabel 3 Perbedaan Penyelesaian Sengketa Nasabah Perbankan Islam Pada Institusi dan Mekanisme Peradilan

Perbedaan	Indonesia	Malaysia
Institusi	Terdapat dua peradilan yang mempunyai bidang kewenangan, yaitu: -Peradilan Agama -Peradilan Umum	Peradilan Sipil
Mekanisme	Di Peradilan Agama dan Peradilan Umum telah menerapkan mekanisme gabungan dengan ADR. Hal ini dilakukan dengan memasukkan bentuk mediasi sebelum persidangan.	Di Peradilan Sipil juga telah menerapkan mekanisme gabungan dengan ADR. Hal ini dilakukan dengan memasukkan bentuk mediasi sebelum persidangan.

Pelaksanaan penyelesaian sengketa perbankan Islam di Indonesia yang melalui Peradilan Umum lebih kurang sama dengan pelaksanaan di Peradilan Sipil di Malaysia. Dalam waktu dekat ini, akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam jika dilakukan melalui Peradilan Umum di Indonesia, masih terdapat beberapa permasalahan sebagaimana di Malaysia sebelum tahun 2009. Berdasarkan analisis kasus-kasus yang telah terjadi, banyaknya permasalahan dalam akses kepada keadilan nasabah perbankan Islam ini berawal dari tidak adanya kemampuan dalam bidang muamalah/hukum Islam pada hakim⁽⁴⁶⁾ dan pengacara⁽⁴⁷⁾ yang terlibat di dalamnya. Selain itu, tidak adanya referensi perundang-undangan khusus⁽⁴⁸⁾ yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip syariah. Kedua hal tersebut mengakibatkan adanya keputusan-keputusan pada akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam tidak sesuai dengan prinsip-prinsip syariah⁽⁴⁹⁾. Sementara di Indonesia, persyaratan bagi kesesuaian syariah dalam penyelesaian setiap sengketa perbankan Islam telah ditetapkan berdasarkan Pasal 55 Ayat (3) Undang-undang 21/2008 tentang Perbankan Syariah. Sedangkan di Malaysia, kewajiban memperhatikan kesesuaian syariah dalam akses kepada keadilan melalui institusi peradilan, berdasarkan pada amandemen Akta Bank Negara Malaysia pada tahun 2009. Dalam perubahan terbaru tersebut, Hakim yang menyelesaikan sengketa perbankan Islam diwajibkan merujuk pada fatwa-fatwa Majelis Penasihat Syariah pada Bank Negara Malaysia.

c) Mekanisme Akses Kepada Keadilan melalui Sistem Alternative Dispute Resolution (ADR)

Dari aspek sejarah, istilah 'ADR', sebenarnya baru muncul dan berkembang pada permulaan tahun 1970-an. Namun dari satu kajian menyatakan bahwa asal usul ADR diriwayatkan berawal dari zaman Greek purba⁽⁵⁰⁾. Fenomena demikian dapat dijelaskan secara analogi dengan akses kepada keadilan dalam Islam. Konsep Islam dalam menyelesaikan sengketa pun telah mengenal berbagai bentuk mekanisme yang serupa

dengan mekanisme-mekanisme ADR modern pada waktu kerasulan Muhammad S.A.W. (570-632). Seperti *al-Sulh* serupa dengan mediasi, sedangkan *al-Tahkim* dengan arbitrase. Selain itu terdapat *al Qadha* yang sepadan dengan penyelesaian melalui peradilan.

Bertitik tolak dari beberapa kelemahan pada sistem peradilan seperti mana diuraikan sebelumnya, maka berkembang model penyelesaian sengketa di luar peradilan yang dikenal dengan ADR (*Alternatif Dispute Resolution*). Mekanisme ini dianggap dapat mengatasi kelemahan-kelemahan model litigasi dan memberikan jalan keluar yang lebih baik.

Beberapa pandangan berkaitan dengan ADR dinyatakan oleh beberapa pakar seperti dalam Daftar 4 berikut.

Tabel 4. Beberapa Pandangan Tentang ADR

Sumber	Pandangan
Vinayak Pradhan ⁽⁵¹⁾	Berbagai teknik untuk penyelesaian sengketa tanpa menggunakan litigasi dalam peradilan
K.V.W Stone ⁽⁵²⁾	Keberbagaian mekanismen atau teknik penyelesaian sengketa yang mempunyai satu kepentingan yang sama yaitu mekanisme dan teknis yang berbeda dari persidangan litigasi yang dibentuk melalui proses peradilan
Chandarn dan Balasingham ⁽⁵³⁾	Kaidah bertujuan menyelesaikan sembarang sengketa melalui satu cara yaitu mendapatkan penyelesaian yang cepat dan murah.
Nor Adha ⁽⁵⁴⁾	Proses penyelesaian sengketa tanpa bantuan peradilan.

Sebagai satu mekanisme baru yang dikembangkan, sistem ADR mempunyai berbagai keunggulan sebagaimana dikemukakan oleh Sakina⁽⁵⁵⁾, dan beberapa tambahan lainnya sebagaimana yang digambarkan dalam Tabel 5:

Tabel 5 Keunggulan Sistem ADR

Keunggulan	Keterangan
‘Menang-menang’	ADR berupaya meningkatkan kemungkinan mencapai situasi bagi semua pihak yang terlibat.
Murah	Berupaya mencapai resolusi yang lebih cepat.
‘Privacy’	Lebih menjaga kerahasiaan karena ADR dilaksanakan secara tertutup.
Lebih fleksibel dalam teknik	Penyelesaian sengketa dan rundingan tidak dibatasi pada argumen perundang-undangan, tetapi juga mencakupi permasalahan motif dan etika perdagangan.
Memelihara hubungan	ruang komunikasi senantiasa terbuka kepada para pihak, mengharmoniskan hubungan keduanya.
Akses kepada pakar	Peluang bagi pakar yang mahir dan diakui.
Kualitas keputusan	Adanya jaminan dan keseuaian kepakaran dengan kasus.
Para pihak leluasa	Pada waktu penyelesaian sengketa, para pihak tetap dapat melanjutkan aktivitas masing-masing tanpa terganggu oleh proses pemeriksaan kasus.
Cepat	Prosedur pemeriksaan sengketa dapat ditentukan sendiri oleh para pihak dengan bantuan pihak ketiga.

Tidak berpihak	Adanya jaminan bahwa pihak ketiga yang akan memutus atau menjadi penengah sengketa adalah mereka yang berkedudukan bebas dan tidak berpihak pada pihak manapun.
----------------	---

Dari beberapa keunggulan mekanisme ADR sebagai proses mengakses keadilan di luar pengadilan, selain lebih menghasilkan kesepakatan yang *win-win solution*; menghindari keterlambatan yang diakibatkan karena hal prosedural dan administratif; menyelesaikan masalah secara komprehensif dalam kebersamaan; dan tetap menjaga hubungan baik⁽⁵⁶⁾.

(1) Institusi dan Bentuk Mekanisme Arbitrase

Hasil kajian perbandingan pelaksanaan penyelesaian sengketa pada institusi khusus yang melaksanakan mekanisme arbitrase antara Indonesia dengan Malaysia dapat diringkaskan pada Tabel 6.

Tabel 6. Perbedaan Institusi dan mekanisme arbitrase di Indonesia dan Malaysia

Perbedaan	Indonesia	Malaysia
Institusi	Institusi arbitrase di Indonesia menurut Pasal 55UUPS ayat 2 terdapat dua institusi yang mempunyai bidang kewenangan, yaitu: -BASYARNAS (Badan Arbitrase Syariah Nasional Indonesia). Institusi ini dikhususkan bagi sengketa yang melibatkan institusi ekonomi Islam atau sebarang transaksi yang berasaskan pada undang-undang Islam -BANI (Badan Arbitrase Nasional Indonesia), merupakan lembaga arbitrase untuk umum.	Institusi arbitrase di Malaysia adalah KLRCA (Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration). Jasa yang diberikan KLRCA pada dasarnya untuk umum dan bagi nasabah di kawasan negara-negara serantau.
Mekanisme	Mekanisme arbitrase yang dilakukan sesuai nama institusinya. Pada BASYARNAS dan BANI adalah sama, masih menekankan pada bentuk mekanisme primer berupa arbitrase.	KLRCA di Malaysia juga, sesuai dengan namanya, masih mengutamakan bentuk mekanisme arbitrase.

Dari perbedaan tersebut menunjukkan bahwa di Malaysia belum terdapat satu institusi yang didirikan secara khusus bagi mekanisme ADR yang berasaskan pada prinsip-prinsip syariah. Selain itu, penggunaan institusi dan mekanisme arbitrase dalam penyelesaian sengketa perbankan Islam di Malaysia belum populer. Hal ini disebabkan antaranya, persepsi masyarakat yang masih memandang keputusan pengadilan bagi kasus perbankan dari pengadilan adalah lebih kuat dibandingkan dengan mekanisme lainnya. Selain hal tersebut, khusus berkaitan dengan KLRCA, beberapa hal yang mempengaruhi kurangnya minat masyarakat ialah biaya yang dianggap tinggi. Hal ini disebabkan KLRCA merupakan institusi layanan arbitrase untuk wilayah regional, sehingga tidak dikhususkan bagi konsumen atau nasabah di Malaysia saja. Sementara di Indonesia, BASYARNAS telah berdiri sejak awal didirikannya perbankan Islam. Alasan utama didirikannya BASYARNAS adalah untuk memberikan akses kepada keadilan yang sesuai dengan prinsip-prinsip Islam.

Mengingat pada waktu didirikannya perbankan Islam pertama, belum ada ketentuan yang mengatur keperluan nasabah perbankan Islam tersebut. Dengan demikian, BASYARNAS lebih dikenal dan digunakan sebagai institusi akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam dibandingkan dengan institusi lainnya. Sedangkan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) yang telah berdiri saat itu, belum pernah menyelesaikan satupun kasus yang perbankan Islam. Namun demikian, Pasal 55 Ayat (3) UU Perbankan Syariah memberikan kemungkinan kasus perbankan Islam diselesaikan melalui BANI, dengan persyaratan harus dilaksanakan sesuai prinsip Islam, seperti mana pada Peradilan Umum.

(2) Institusi Bentuk dan Mekanisme Mediasi

Hasil kajian perbandingan pelaksanaan penyelesaian sengketa pada institusi khusus yang melaksanakan mekanisme mediasi di Indonesia dengan di Malaysia dapat diringkaskan pada Tabel 7.

Tabel 7 Perbedaan Institusi dan mekanisme mediasi di Indonesia dan Malaysia

Perbedaan	Indonesia	Malaysia
Institusi	Institusi yang melaksanakan mediasi di Indonesia ialah Mediasi Perbankan di bawah Direktorat Investigasi dan Mediasi Perbankan (DIMP) Bank Indonesia.	Di Malaysia, institusi yang melaksanakan mekanisme mediasi secara khusus ialah Biro Pengantaraan kewangan (BPK).
Mekanisme	Mekanisme mediasi di Mediasi Perbankan hanya menggunakan mekanisme primer yaitu mediasi.	BPK dalam menyelesaikan sengketa telah memadukan mekanisme arbitrase, meskipun nama institusi tersebut masih sebagai ‘biro pengantaraan (mediasi).’

BPK di Malaysia, meskipun didirikan oleh Bank Negara Malaysia BNM sebagai bank sentral, namun ia merupakan institusi yang independen atau mandiri yang tetap di bawah pengawasan BNM. Oleh karena itu, BPK lebih mudah melakukan berbagai rancangan perbaikan institusi maupun meragamkan bentuk mekanisme penyelesaian sengketa. Hal demikian lebih memenuhi keperluan konsumen yang terus berkembang dan berubah. Sedangkan di Indonesia, perkembangan yang demikian lebih sukar terjadi karena Mediasi Perbankan bukan institusi mandiri, bahkan menjadi bagian dari bank sentral. Hal ini menyebabkan institusi tidak dapat dengan mudah menyesuaikan perkembangan keperluan nasabah.

Kesimpulan.

Dari seluruh uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa akses kepada keadilan merupakan satu hak setiap manusia, termasuk nasabah perbankan Islam. Jaminan konstitusi dan tanggung jawab pemerintah dalam mendukung terwujudnya akses kepada keadilan perlu diatur dalam undang-undang. Akses kepada keadilan bagi masyarakat, sasaran utamanya adalah kepada masyarakat yang kurang mampu / beruntung, dalam kedudukan lemah dan sebagainya. Dalam hal inilah, nasabah perbankan Islam sebagai bagian dari konsumen yang pada umumnya mempunyai kedudukan lemah, memerlukan peran pemerintah dalam akses kepada keadilan.

Dalam perspektif layanan perbankan Islam, hak nasabah selain berdasarkan pada perjanjian dengan pihak bank serta perundangan yang berkaitan, juga berasaskan pada kepentingan aspek spiritual nasabah yang bersumber daripada agama Islam. Hak yang dimaksud adalah mendapatkan layanan sesuai dengan prinsip-

prinsip Islam dalam semua aktivitas yang berkaitan dengan perbankan Islam. Keperluan demikian termasuk dalam mengakses keadilan. Ini berarti, apabila terjadi sengketa, maka hak nasabah perbankan Islam adalah mendapatkan penyelesaian yang sesuai dengan syariah. Di Indonesia, hal tersebut dimuat dalam ketentuan Ayat (3) Pasal 55 UU 21/2008 tentang Perbankan Syariah. Bentuk kesesuaian dengan syariah dalam akses kepada keadilan setidaknya mencakup: (i) diselenggarakan oleh pihak yang mempunyai kompetensi keilmuan tentang muamalah Islam, dan (ii) proses persidangan menggunakan referensi yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip Islam. Sedangkan di Malaysia, kewajiban mengikuti ketentuan syariah dimuat dalam amandemen Akta Bank Negara Malaysia Tahun 2009.

Pelaksanaan akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam di Indonesia dan Malaysia menunjukkan perkembangan ke arah yang meningkat dilihat dari kepentingan nasabah. Pada institusi peradilan, di Indonesia masih terdapat beberapa persoalan, khususnya jika akses kepada keadilan bagi nasabah perbankan Islam dilaksanakan di Peradilan Umum. Hal ini disebabkan belum adanya kesiapan institusi tersebut melaksanakan sesuai dengan prinsip syariah sebagaimana amanah Pasal 55 Ayat (3) UU Perbankan Syariah. Sedangkan pada institusi dan mekanisme ADR, di Indonesia telah terdapat institusi khusus untuk nasabah perbankan Islam dan lazim digunakan yaitu Badan Arbitrase Syariah Nasional (BASYARNAS). Di Malaysia, institusi arbitrase seperti *Kuala Lumpur Regional Centre of Arbitration* (KLRC) belum banyak digunakan. Adapun institusi dan mekanisme mediasi perbankan di Indonesia belum mandiri, sehingga lebih sukar dalam mengembangkan mekanisme dibandingkan dengan Biro Pengantaraan Keuangan (BPK) di Malaysia, yang sudah menerapkan mekanisme *hibryd* (campuran). Mekanisme ini merupakan perpaduan antara mekanis mediasi dan arbitrase sesuai dengan perkembangan keperluan nasabah terhadap mekanisme yang lebih murah, cepat dan tepat.

Di Indonesia dan Malaysia berbeda dalam beberapa hal pada akses kepada keadilan bagi nasabah, khususnya aspek perundang-undangan, institusi dan mekanisme. Perbedaan tersebut dipengaruhi sistem hukum, kebijakan pemerintah dan peran serta masyarakat terhadap perkembangan perbankan Islam secara keseluruhan.

- (1) Dosen Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, Indonesia.
- (2) Professor Madya, Doktor pada Fakultas Undang-undang Universiti Kebangsaan Malaysia.
- (3) Professor, Doktor pada Fakultas Ekonomi dan Perniagaan, Universiti Kebangsaan Malaysia.
- (4) Professor Madya, Doktor pada Fakultas Undang-undang Universiti Kebangsaan Malaysia.
- (5) Badariah Sahamid, *Jurisprudens dan Teori Undang-undang Dalam Konteks Malaysia*, Sweet & Maxwell Asia, Petaling Jaya, Selangor, Malaysia, 2005, hlm 177.
- (6) Gary Chan Kok Yew, The Right of access to justice: judicial discourse in Singapore and Malaysia, The 3rd, *Asian Law Institute Conference, The Development of Law in Asia: Convergence versus Divergence*, 25-26 May 2006, East China University of Politic and Law, Shanghai, China.
- (7) Sakina Shaik Ahmad Yusoff dan Azimon Abdul Aziz, Akses Kepada Keadilan dan Penyelesaian Sengketa Alternatif”, *Kertas Kerja dalam Seminar MACFEA ke-7*, Shah Alam, 18 Disember 2003.
- (8) Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Konsumen dan Akses Kepada Keadilan: Mekanisme Tebusrugi Bagi Sengketa Perdagangan, *Kertas Kerja Seminar Kebangsaan MACFEA ke-6*, Port Dicson, 25 september 2001.
- (9) Hal ini ditunjukkan dengan pernyataan Datuk Ahmad Tajuddin Abdurrahman, Managing Direktor dari Bank Islam Malaysia Berhad yang menyatakan bahwa lebih dari 70 % perdagangan yang dibiayai oleh Bank Islam digunakan oleh mereka yang non-muslim. Sutan Remi Sjahdaeni, *Perbankan Syariah Suatu Alternatif Kebutuhan Pemiayaan*

Masyarakat, Jurnal Hukum Bisnis Vol. 20, Agustus September 2002, hal. 10.

- (10) Ro'fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Noor Inayah Yakob, Jasri Kamal, Akses Kepada Keadilan Konsumen Perbankan Islam: Isu dan Penyelesaiannya, *Prosiding International Legal Conference 2011 (ILC2011)*, College Of Law, Government and International Studies Universiti Utara Malaysia, Kedah, Malaysia, 19-20 November 2011, hlm 325-326.
- (11) Halal adalah perkara-perkara yang dibolehkan oleh syariah dan hal tersebut adalah bebas dari bahaya dan dizinkan oleh syariah untuk dilaksanakan. Ini bermaksud hal itu 'dibenarkan' serta 'tidak dilarang' pengambilannya atau penggunaannya dalam Islam.
- (12) Aku mendengar Rasulullah s.a.w. bersabda, sambil Nukman memegang kedua belah telinganya: Sesungguhnya perkara halal itu jelas dan perkara haram itupun jelas. Manakala di antara kedua-duanya terdapat perkara-perkara syubhah yang tidak diketahui oleh orang ramai. Oleh karena itu sesiapa menjaga diri dari perkara syubhah, dia telah bebas (dari kecaman) untuk agamanya dan kehormatannya dan barang sesiapa yang terjerumus ke dalam syubhah, berarti dia telah terjerumus ke dalam perkara haram, seperti penggembala yang menggembala di sekitar kawasan larangan, maka kemungkinan besar binatangnya akan memasuki kawasan tersebut....
- (13) Ro'fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yussof, Hak-Hak Konsumen Perbankan Islam Di Indonesia: Pendekatan Harmonisasi Terhadap Perundangan Sedia Ada, Kertas kerja, Seminar Kebangsaan Persatuan Ekonomi Konsumen Dan Keluarga Malaysia (Macfea) Ke-15, 19-20 Juli 2011, hlm 5-6.
- (14) Mohammad Daud Ali, *Asas-asas Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*. Rajawali Press. Jakarta, 1991 hlm.
- (15) Mohd. Hamdan Adnan, *Hak Anda Sebagai Konsumen*, Fajar Bakti Sdn.Bhd.,Kuala Lumpur, 1990, hlm4.
- (16) Nasution, AZ., *Hukum Perlindungan Konsumen*, Diadit Media, Jakarta, 2002, hlm vii.
- (17) Ro'fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yussof, Hak-Hak Konsumen Perbankan Islam Di Indonesia: Pendekatan Harmonisasi Terhadap Perundangan Sedia Ada, Kertas kerja, Seminar Kebangsaan Persatuan Ekonomi Konsumen Dan Keluarga Malaysia (Macfea) Ke-15, 19-20 Juli 2011, hlm 5-9.
- (18) Nasution, AZ., *Konsumen dan Hukum, Tinjauan Sosial, Ekonomi dan Hukum pada Perlindungan Konsumen Indonesia*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1995, hlm 74-82; lihat juga Ali Mansur, *Penegakan Hukum Tentang Tanggung Gugat Produsen dalam Perwujudan Perlindungan Konsumen*, Genta Press, Yogyakarta, 2007, hlm 81-83.
- (19) Ali Mansur, *Penegakan Hukum Tentang Tanggung Gugat Produsen dalam Perwujudan Perlindungan Konsumen*, Genta Press, Yogyakarta, 2007, hlm 83.
- (20) Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 'Perlindungan Konsumen di Malaysia,' *Majalah Hukum* 313, 2000, hlm 5(4).
- (21) Ali Mansur, *Penegakan Hukum Tentang Tanggung Gugat Produsen dalam Perwujudan Perlindungan Konsumen*, Genta Press, Yogyakarta, 2007, hlm 83.
- (22) Adnan Buyung Nasution, Visi Pembangunan Hukum Tahun 2025: Akses Terhadap Keadilan dalam negara Demokrasi Konstitusional, *Buah Pena*, 12 Vol. V/No.4, Agustus 2008.
- (23) Paralegal adalah istilah yang menggambarkan seseorang yang mendapatkan pelatihan khusus dalam bidang pengetahuan dan keterampilan hukum dan memberikan informasi dan bantuan untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum. Paralegal tersebut secara umum dikawal oleh para pengacara terlatih.
- (24) Seminar:'Peluang dan Akses Keadilan Bagi Masyarakat Jawa Timur', Rabu, 21 Januari 2009, <http://www.epochtimes.co.id/nasional.php?id=143>
- (25) Adnan Buyung Nasution, Visi Pembangunan Hukum Tahun 2025: Akses Terhadap Keadilan dalam negara Demokrasi Konstitusional, *Buah Pena*, 12 Vol. V/No.4, Agustus 2008.

- (26) J.Widijantoro, Meretas Status Quo, Meningkatkan Akses Keadilan, Ketua Bidang Pelayanan, Investigasi,dan Monitoring LOS –DIY.
- (27) Ro’fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, “Perlindungan Pengguna Di Indonesia Dalam Penyelesaian Pertikaian Perbankan Islam”, *Prosiding the International Conference on Consumer Law 2011 (CONLAW2011)*, Kerjasama Projek Arus Perdana Universiti Kebangsaan Malaysia dengan Fakulti Undang-undang Universiti Kebangsaan Malaysia, Bangi, Malaysia, 21 September 2011, hlm 273-274.
- (28) Ahmad Mohamed Ibrahim, *The Administration of Islamic Law in Malaysia*, Institut of Islamic Understanding Malaysia, Kuala Lumpur, 2000, hlm 431.
- (29) Mohamed Ismail bin Mohamed Syariff, “Islamic Banking: How Developed is it in Malaysia today ? Is The Law Equipped for The Development of Islamic Banking ? Juridical and Pratical Issues, dalam <http://www.lexixnexus.com.my/free/articles/mohdismail.htm>.
- (30) Noor Inayah Yaakob, Kekaburan Asas Perundangan Malaysia bagi Kontrak Perbankan Islam: Pemacu Pemikiran Kritis terhadap Implikasi Bidangkuasa Perundangan Warisan Kolonial British, *Makalah Seminar Internasional Peradaban dan Kebudayaan Malaysia-Asia Barat*, Institut Kajian Rantau Asia Barat (IKRAB) UKM, dengan Kerjasama Kumpulan Kajian Rantau Asia Barat (AKRAB), UKM dan Kumpulan Penyelidikan Kebudayaan Arab dan Peradaban Islam (KUKAP), UKM, Bangi, 29-30 September, 2010, hlm 2.
- (31) Engku Rabiah Adawiah, Isu-isu Perundangan dan Kehakiman dalam Kewangan Islam, *Prosiding Muzakarah Penasihat Kewangan Syariah*, Kuala Lumpur Islamic Finance Forum, Kuala Lumpur, 2010, hlm 148-149.
- (32) Sebelum ini dikenal dengan skim Perbankan Tanpa Faedah (SPTF). Skim ini membolehkan institusi perbankan konvensional menawarkan produk dan jasa perbankan Islam dengan menggunakan prasarana yang telah ada termasuk staf dan kantor-kantor cabang.
- (33) Majelis Penasihat Syariah (MPS) di Bank Negara Malaysia (BNM) adalah satu lembaga yang berfungsi melakukan pengawasan dari aspek syariah terhadap seluruh Jawatan Syariah yang terdapat dalam setiap perbankan Islam. Seksyen 124 (3) dan (4) Akta Bank dan Institusi-institusi Kewangan 1989.
- (34) Seksyen 124 (5) Akta Bank dan Institusi-institusi Kewangan 1989.
- (35) Perlembagaan Persekutuan dalam Jadual Kesembilan, Senarai 2 dinyatakan bahwa Senarai Negeri (Mahkamah Syariah-pen) hanya mempunyai kewenangan tertentu yang berkaitan dengan hukum kekeluargaan Islam dan sedikit bidang jenayah (pidana) Syariah.
- (36) Sakina Shaik Ahmad Yusoff dan Azimon Abdul Aziz, Akses Kepada Keadilan dan Penyelesaian Sengketa Alternatif”, *Kertas Kerja dalam Seminar MACFEA ke-7*, Shah Alam, 18 Desember, 2003.
- (37) Ro’fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, ‘Sharia Arbitration’ In Indonesia: The Right Choice For Consumer Dispute In Islamic Banking, *Proceeding 2nd International Conference On Business And Economic Research (2nd ICBER 2011)*, Langkawi Kedah, Malaysia,14-16 March 201, hlm 5.
- (38) A. Mukti Arto, *Mencari Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hlm 12-13.
- (39) ‘Yudikatif’ bermaksud suatu institusi yang berperan melakukan fungsi pengawasan dan penegakan hukum jika terjadi penyimpangan atau pelanggaran dalam sebuah negara. Peranan yudikatif ini diwakili oleh peradilan. ‘Legislatif’ merupakan institusi yang berperan membentuk undang-undangan yang diperlukan untuk masyarakat dalam bentuk parlemen. Sedangkan ‘eksekutif’ adalah institui yang melaksanakan undang-undangan dalam sebuah negara seperti dilakukan oleh pemerintah.
- (40) Seperti terjadi di Malaysia, sebuah kasus mengalami keterlambatan penyelesaian hingga tiga tahun adalah normal. Bahkan di Jepang sebagai negara maju, penyelesaian sesebuah kasus rata-rata 10 sampai 15 tahun, disebabkan pada tingkat pertama saja, rata-rata 3 sampai 5 tahun. Alternatif Penyelesaian Pertikaian melalui Jalur Non Ligitasi,

<http://www.kesimpulan.com/2009/04/alternatif-penyelesaian-sengketa.html>, 26 April 2009

- (41) Rosiati Ramli, Azimon Abdul Azizi, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Mekanisme Penyelesaian sengketa Perdagangan Konsumen di Malaysia, Bangkokulu, 2004, hlm 6.
- (42) Sakina Shaik Amad Yusoff, 'Konsumen dan Akses Kepada Keadilan: Mekanisme Tebus Rugi Bagi Sengketa Perdagangan,' *Seminar Kebangsaan Macfea ke-6*, Port Dickson, 29 September 2001.
- (43) Ismulhadi, *Penyelesaian Sengketa dalam Perdagangan secara Elektronik*, artikel dalam *Cyberlaw Suatu Pengantar*, ELIPS Project, Jakarta, 2001, hlm 80
- (44) Ridwan Khairandy, et. al., *Pengantar Hukum Dagang Indonesia*, diterbitkan atas kerjasama Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum UII dengan Gama Media, Yogyakarta, 1999, hlm 274.
- (45) A. Mukti Arto, 2001, hlm 12-13.
- (46) Beberapa kasus yang demikian antara lain: *Tinta Press Sdn. Bhd v Bank Islam Malaysia Berhad*; *Dato' Haji Nik Mahmud bin Daud v Bank Islam Malaysia Berhad*; *Bank Islam Malaysia Berhad v Shamsuddin bin Haji Ahmad*; *Arab-Malaysian v Taman Ihsan Jaya Sdn. Bhd & Ors* dan masih banyak lainnya.
- (47) Kasus *Bank Malaysia Berhad v Pasaraya Peladang Sdn. Bhd.* [2004] 7 MLJ 355. Lihat Noor Inayah Yaakub, Fatimah Yusro Hashim, Jasri Jamal, Akta Bank Islam 1983 : "Kesamaran Perkara Asas Terhadap Konsep Riba dan bay' Murabahah", dalam Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Anisa Che Ngah, Zainatul Ashiqin Zainol, Noor Inayah Yaakub, Hasani Mohd Ali, *Undang-undang Dalam Era Teknologi*, Fakulti Undang-undang Universiti Kebangsaan Malaysia, 2008, hlm 269.
- (48) Jasri bin Jamal, Perbankan Islam di Malaysia: Mahkamah Sivil v. Mahkamah Syariah, *Proceeding International Conference of Corporate Law*, kerjasama Universitas Airlangga (UNAIR) Indonesia dengan Universiti Utara Malaysia (UUM), di Surabaya, 2009, hlm 5.
- (49) Kasus *Arab Malaysian Finance Bhd. v Taman Ihsan Jaya & Ors*, mahkamah memutuskan bahwa transaksi (bay Bitaman Ajil) BBA bertentangan dengan ABI 1983 dan ABDIK 1989, karena dianggap mempunyai elemen yang bertentangan dengan agama Islam. Lihat Mohamad Syafiqe bin Abdul Rahim, Ke arah kerangka perundangan perbankan Islam yang komprehensif di Malaysia: Isu, cabaran dan penyelesaian, *Prosiding, Research and Islamic studies : Addressing contemporary challenges and future prospect*, Kuala lumpur, 2008, hlm 71.
- (50) J.T. Barrett & J.P. Barrett, A history of Alternative Dispute Resolution – The Story of political, Cultural, and Social Movement, Jossey Bass, San Francisco, 2004, hlm 6.
- (51) V. Pradhan, Mediation and Alternative Dispute Resolution: Developments in Various Jurisdiction: Have The Lawyers Caught on ? Prosiding 12 th, Commonwealth Law Conference, Vol.III, 16-18 September , Kuala Lumpur, hlm 1-21.
- (52) K.V.W Stone, Private Justice: The Law of Alternative Dispute Resolution, Foundation Press, New York, 2000, hlm 5-8.
- (53) Chandarn dan Balasingham, Alternative Dispute Resolution – The Vision of Tomorrow, [1998] 2 MLJ iv.
- (54) Nor Adha, 2007, hlm 242.
- (55) Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Menangani Sengketa Konsumen: Pengantaraan Sebagai Penyelesaian Sengketa Alternatif, Kertas Kerja *Seminar Undang-undang dan Etika: Menangani Cabaran Globalisasi*, Jabatan Undang-Undang, Fakulti Pengurusan Awam & Undang-Undang, Universiti Utara Malaysia, 18-20 April 2007, hlm 8.
- (56) Suhartono, *Paradigma Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah di Indonesia*, hlm 1.

研究課題…東アジア・東南アジアにおける西洋近代法と慣習法の関係に関する研究

Daftar Pustaka

- A. Mukti Arto, 2001, *Mencari Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, hlm 12-13.
- Adnan Buyung Nasution, 2008, Visi Pembangunan Hukum Tahun 2025: Akses Terhadap Keadilan dalam negara Demokrasi Konstitusional, *Buah Pena*, 12 Vol. V/No.4, Agustus.
- Ahmad Mohamed Ibrahim, 2000, *The Administration of Islamic Law in Malaysia*, Institut of Islamic Understanding Malaysia, Kuala Lumpur.
- Ali Mansur, 2007, *Penegakan Hukum Tentang Tanggung Gugat Produsen dalam Perwujudan Perlindungan Konsumen*, Genta Press, Yogyakarta.
- Alternatif Penyelesaian Pertikaian melalui Jalur Non Litigasi,
<http://www.kesimpulan.com/2009/04/alternatif-penyelesaian-sengketa.html>, 26 April 2009
- Badariah Sahamid, 2005, *Jurisprudens dan Teori Undang-undang Dalam Konteks Malaysia*, Sweet & Maxwell Asia, Petaling Jaya, Selangor, Malaysia.
- Chandam dan Balasingham, Alternative Dispute Resolution – The Vision of Tomorrow, [1998] 2 MLJ iv.
- Engku Rabbiah Adawiah, 2010, Isu-isu Perundangan dan Kehakiman dalam Kewangan Islam, *Prosiding Muzakarah Penasihat Kewangan Syariah*, Kuala Lumpur Islamic Finance Forum, Kuala Lumpur.
- Gary Chan Kok Yew, 2006, The Right of access to justice: judicial discourse in Singapore and Malaysia, The 3rd, *Asian Law Institute Conference, The Development of Law in Asia: Convergence versus Divergence*, 25-26 May, East China University of Politic and Law, Shanghai, China.
- Ismulhadi, 2001, *Penyelesaian Sengketa dalam Perdagangan secara Elektronik, artikel dalam Cyberlaw Suatu Pengantar*, ELIPS Project, Jakarta.
- J.T. Barrett & J.P. Barrett, 2004, A history of Alternative Dispute Resolution – The Story of political, Cultural, and Social Movement, Jossey Bass, San Francisco.
- J.Widijantoro, Meretas Status Quo, Meningkatkan Akses Keadilan, Ketua Bidang Pelayanan, Investigasi,dan Monitoring LOS –DIY.
- Jasri bin Jamal, 2009, Perbankan Islam di Malaysia: Mahkamah Sivil v. Mahkamah Syariah, *Proceeding International Conference of Corporate Law*, kerjasama Universitas Airlangga (UNAIR) Indonesia dengan Universiti Utara Malaysia (UUM), di Surabaya.
- K.V.W Stone, 2000, Private Justoce: The Law of Alternative Dispute Resolution, Foundation Press, New York.
- Mohamad Syafiqe bin Abdul Rahim, 2008, Ke arah kerangka perundangan perbankan Islam yang komprehensif di Malaysia: Isu, cabaran dan penyelesaian, *Prosiding, Research and Islamic studies : Addressing contemporary challenges and future prospect*, Kuala lumpur.
- Mohamed Ismail bin Mohamed Syariff, “Islamic Banking: How Developed is it in Malaysia today ? Is The Law Equipped for The Development of Islamic Banking ? Juridical and Pratical Issues, dalam
<http://www.lexixnexus.com.my/free/articles/mohdismail.htm>.
- Mohammad Daud Ali, 1991 *Asas-asas Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*. Rajawali Press. Jakarta.
- Mohd. Hamdan Adnan, 1990, *Hak Anda Sebagai Konsumen*, Fajar Bakti Sdn.Bhd.,Kuala Lumpur.
- Nasution, AZ., 1995, *Konsumen dan Hukum, Tinjauan Sosial, Ekonomi dan Hukum pada Perlindungan Konsumen Indonesia*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta.
- Nasution, AZ., 2002, *Hukum Perlindungan Konsumen*, Diadit Media, Jakarta.

- Noor Inayah Yaakob, 2010, Kekaburan Asas Perundangan Malaysia bagi Kontrak Perbankan Islam: Pemacu Pemikiran Kritis terhadap Implikasi Bidangkuasa Perundangan Warisan Kolonial British, *Makalah Seminar Internasional Peradaban dan Kebudayaan Malaysia-Asia Barat*, Institut Kajian Rantau Asia Barat (IKRAB) UKM, dengan Kerjasama Kumpulan Kajian Rantau Asia Barat (AKRAB), UKM dan Kumpulan Penyelidikan Kebudayaan Arab dan Peradaban Islam (KUKAP), UKM, Bangi, 29-30 September.
- Noor Inayah Yaakub, Fatimah Yusro Hashim, Jasri Jamal, 2008, Akta Bank Islam 1983 : “Kesamaran Perkara Asas Terhadap Konsep Riba dan bay’ Murabahah”, dalam Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Anisa Che Ngah, Zainatul Ashiqin Zainol, Noor Inayah Yaakub, Hasani Mohd Ali, *Undang-undang Dalam Era Teknologi*, Fakulti Undang-undang Universiti Kebangsaan Malaysia.
- Nor ‘Adha Binti Ab. Hamid, 2007, Pertikaian Perdagangan Pengguna: Penyelesaian Pertikaian Alternatif Di Malaysia., *Tesis PhD.*, Fakulti Undang-Undang Universiti Kebangsaan Malaysia., Bangi.
- Ridwan Khairandy, et. al., 1999, *Pengantar Hukum Dagang Indonesia*, diterbitkan atas kerjasama Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum UII dengan Gama Media, Yogyakarta.
- Ro’fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2011, “Perlindungan Pengguna Di Indonesia Dalam Penyelesaian Pertikaian Perbankan Islam”, *Prosiding the International Conference on Consumer Law 2011 (CONLAW2011)*, Kerjasama Projek Arus Perdana Universiti Kebangsaan Malaysia dengan Fakulti Undang-undang Universiti Kebangsaan Malaysia, Bangi, Malaysia, 21 September.
- Ro’fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2011, ‘Sharia Arbitration’ In Indonesia:The Right Choice For Consumer Dispute In Islamic Banking, *Proceeding 2nd International Conference On Business And Economic Research (2nd ICBER 2011)*, Langkawi Kedah, Malaysia,14-16 March.
- Ro’fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Noor Inayah Yakob, Jasri Kamal, 2011, Akses Kepada Keadilan Konsumen Perbankan Islam: Isu dan Penyelesaiannya, *Prosiding International Legal Conference 2011 (ILC2011)*, College Of Law, Government and International Studies Universiti Utara Malaysia, Kedah, Malaysia, 19-20 November.
- Ro’fah Setyowati, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2011, Hak-Hak Konsumen Perbankan Islam Di Indonesia: Pendekatan Harmonisasi Terhadap Perundangan Sedia Ada, Kertas kerja, Seminar Kebangsaan Persatuan Ekonomi Konsumen Dan Keluarga Malaysia (Macfea) Ke-15, 19-20 Juli.
- Rosiati Ramli, Azimon Abdul Azizi, Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2004, Mekanisme Penyelesaian sengketa Perdagangan Konsumen di Malaysia, Bangkokulu.
- Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2000, ‘Perlindungan Konsumen di Malaysia,’ *Majalah Hukum* 313, hlm 5(4).
- Sakina Shaik Ahmad Yusoff dan Azimon Abdul Aziz, 2003, Akses Kepada Keadilan dan Penyelesaian Sengketa Alternatif”, *Kertas Kerja dalam Seminar MACFEA ke-7*, Shah Alam, 18 Disember.
- Sakina Shaik Ahmad Yusoff, 2001, Konsumen dan Akses Kepada Keadilan: Mekanisme Tebusrugi Bagi Sengketa Perdagangan, *Kertas Kerja Seminar Kebangsaan MACFEA ke-6*, Port Dicson, 25 september.
- Sakina Shaik Ahmad Yusoff, Menangani Sengketa Konsumen: Pengantaraan Sebagai Penyelesaian Sengketa Alternatif, *Kertas Kerja Seminar Undang-undang dan Etika: Menangani Cabaran Globalisasi*, Jabatan Undang-Undang, Fakulti Pengurusan Awam & Undang-Undang, Universiti Utara Malaysia, 18-20 April 2007, hlm 8.
- Seminar: ‘Peluang dan Akses Keadilan Bagi Masyarakat Jawa Timur’, Rabu, 21 Januari 2009, <http://www.epochtimes.co.id/nasional.php?id=143>
- Suhartono, *Paradigma Penyelesaian Sengketa Perbankan Syariah di Indonesia*.
- Sutan Remi Sjahdaeni, 2002, *Perbankan Syariah Suatu Alternatif Kebutuhan Pemiayaan Masyarakat*, Jurnal Hukum Bisnis Vol. 20, Agustus September.

V. Pradhan, Mediation and Alternative Dispute Resolution: Developments in Various Jurisdiction: Have The Lawyers Cought on ? Prosiding 12 th, Commenwealth Law Conference, Vol.III, 16-18 September, Kuala Lumpur.

对于台湾接受西洋近代法及调整惯例法

—以台湾传统公司组织的合股为例—

後 藤 武 秀

1 序论

日本于1895年开始统治台湾，也就是在此时台湾通过日本内地法而接受了西洋近代法⁽¹⁾。清朝末期，当时的台湾巡抚刘铭传通过建设铁路等一时引进西洋文明，而对于法制度则基本上是采用清朝的统治方针，没有引进以个人主义思想为理念的西洋近代法。

日本开始统治台湾初期时，统治机构的台湾总督府移植了以法治主义为基本原则的日本内地的统治方式。在全台湾设置法院机关，由具有日本裁判资格的法官担任处理纷争职务⁽²⁾。就这样，台湾通过移植日本内地制度实现了由法统治的环境整顿。然而，此时没有立即引进日本明治初期根据西洋法而逐渐制定的民事法。六三法强烈主张应优先考虑特别统治主义之下的现地特殊状况，于是在1898年颁布了「关于民事商事及刑事的律令」。对于从日本内地来的日本人适用于日本内地法，而台湾人和清朝人则适用惯例和条例。换言之，原则上处理台湾人之间的法律问题适用于台湾的惯例，不适用由日本内地法引进的西洋近代法。然而，完全更改此方针，也就是处理台湾人之间的法律问题也直接适用于日本内地法的做法是由1922年以内地法延长主义为原则而制定的法三号开始的。因此，对于台湾人而言，认为接受西洋近代法，特别是接受民事法是由这个时期开始的⁽³⁾。

但是，台湾在接受日本内地法时，将因更改而产生混乱的固有惯例作为除外例优先适用于惯例。比如，民法领域里的祭祀，家族等惯例等等。台湾总督府评议会讨论的结果认为这样的除外例不适用于日本内地法。在商法的领域里也曾讨论过是否将票据及合股作为除外例，但由于商法第一条中存在惯例法的适用规定，因此并没有将此作为除外例就全面实施了日本内地商法⁽⁴⁾。

那么，台湾的惯例究竟是不是无视日本内地法实施的前后，也没有进行任何加工而维持的？如果没有对此进行讨论，也就无法描述台湾通过日本内地法而接受西洋近代法的真实情况。本文主要针对合股⁽⁵⁾这种所谓台湾传统的小规模营业组织，通过讨论根据其立法而尝试的规制，法院的操作等来阐明合股的一部分问题。

2 合股的概要—以『台湾私法』的主张为中心

所谓合股是指由几个人共同出资，以经营持有商号的共同事业为目的的合同。『台湾私法』中指出合股制度的起源与继承制度有着紧密联系。过去的中国一般由男子平均继承家产，除了共同事业和墓地以外，由男子继承人平均分配剩余财产。倘若财产是土地或金钱时平均分配则不成问题。而倘若被继承人经营商业时，进行分配则会对其中的某位继承人产生不利的情形。因此，在这种情形下并不采取进行分配而是由继承人共同继续经营此商业。

一般认为台湾的合股制度是由中国大陆传来的，由于其具有可简便地经营小规模事业的特点，也

逐渐适用于无血缘关系的朋友共同出资经营事业的情形。『台湾私法』中指出合股具有以下四个特征。

- 1) 合股是一种合同。合同当事人被称为股东，由两人以上构成。当事人之间不存在债权债务关系，合股也不存在法人观念。因此，合股财产归当事人共同所有，合股并不能独立于当事人持有合股财产，合股财产归所有的股东共同所有。
- 2) 股东负全额出资的义务。所有的股东都必须出资，并且规定只能用金钱出资。在旧惯例中不存在信用，劳务等出资方式。
- 3) 合股以经营商业为目的⁽⁶⁾。合股与个人商人一样，以持续盈利为目的。
- 4) 合股是持有商号进行营业行为。个人营业中可根据营业者的自由决定是否持有商号，而合股则必须持有商号。合股交易是以商号进行的，而不是以股东名义进行的。根据此特征可以说对于外部来讲，合股被认为是以独立的个体而存在。

以上所阐述的是合股的基本特征，接下来论述合股的本质。合股具有合伙的本质，各股东共同持有合股财产，股东在与外部交易时负直接责任。换言之，由于合股不具有法人性质，与外部交易时合股并不是权利主体，各个股东才是权利主体。那么，它究竟属于哪一种合伙类型？由于对外合股持有商号进行营业行为，形式上是独立存在的，与罗马法上的合伙并不相同。与德国的无限公司，英国的合伙相类似。但是，从股东共同持有合股财产的特征来看，与其说它与德国法，英美法中的合伙相类似，不如说合股是罗马法中的共有概念。

以下，将『台湾私法』中的合股与日本法上的各种制度进行比较。

首先，论述合股与合伙的异同点。

合股当事人之间产生债权关系，在股东共同持有合股财产的特征上与合伙相似。但是，不可以将它与合伙同等看待的理由有以下三点。

第一，合伙仅仅只是在全合伙成员之间产生债权关系，对外时，合伙成员之间或是与业务执行者之间只是代理关系。但是，由于合股持有商号，形式上是独立的形态，合股的代表机关也就是户主以合股的商号与第三者进行法律行为。

第二，合伙成员，或是根据合伙合同委任的业务执行者的过半数来执行合伙的业务。相对于此，合股通常则是由个人户主执行合股的所有营业事务。并且没有规定户主必须为股东的要件，这是合股制度的最大特征。

第三，当事人的辞退事项，解散事由等也存在差异。合伙成员可以随时辞退。而合股中，倘若股东要将股份转让给第三者时则要取得全体股东的同意。解散时也必须由股东的一致表决通过。

其次，与公司制度的异同点。合股，公司都是以经营商业。但是，公司具有法人格，而合股则没有。

与无限公司相比较，无限公司的股东对公司债务负连带无限责任，而当合股财产无法偿还合股债务时，股东必须按照自己所持有份额承担无限责任。另外，无限公司的各个股东具有执行业务的权利也承担相应的义务。而合股只由户主执行业务，其他股东没有执行业务的权利。

与两合公司相比较，两和公司由无限责任股东与有限责任社员构成，各个股东应负的责任不同。而合股的所有股东负相同的责任，即根据自己所持有的份额对债务负无限责任。

与股份有限公司相比较，股份有限公司的股东在自己所持有股份的相应范围内负有限责任。而合股的股东按所持有的份额负无限责任。合股的户主与股份有限公司中的董事进行相类似的业务执行行为。

综上所述，『台湾私法』将合股与日本法中的各种制度进行了比较。将台湾惯例与日本法中的各种制度相比较时，『台湾私法』习惯性的论述是以日本法上的概念来说明。但是，即使这样的论述方法也是意图加入台湾的习惯，其典型例子就是关于股东责任的论述。『台湾私法』中对于股东责任的理解如下：各股东对合股债务按所持有的份额负无限责任，既不是以合股财产的最高限额为有限责任，

对于台湾接受西洋近代法及调整惯例法—以台湾传统公司组织的合股为例—

股东也不负连带责任。但这种理解是台湾固有的习惯吗，即使是这样，那么这种理解在立法活动及裁判实务中是否得到维持也破有疑问。首先，我们来看一下临时旧惯调查会的立法尝试。

3 对关于合股立法的规制尝试

合股在台湾经济中具有重要的地位。就如「在各式各样的商业组织中，需要大量资金时以合股形式进行营业的居多。街上，合股的数量几乎等同于个人营业」⁽⁷⁾所论述的，合股在台湾小规模企业中占据中心地位。然而，由于其「组织，户主的权限，股东的责任」等不明确，也因「产生纷争而出现弊端」等情形⁽⁸⁾。因此，临时台湾旧惯调查会对合股进行立法上的规制，起草了「台湾合股令草案」。于1908年6月出台了「台湾合股令临时草案」，1909年9月在修改了「台湾合股令临时草案」的基础上，出台了「台湾合股令第二草案」。为了听取广大有识之士的意见在「台法月报」上公开了「台湾合股令第二草案」。1911年9月出台了「台湾合股令第三草案」，但是由于根据法三号直接适用于内地法，最终没有实施台湾合股令。

以上是台湾合股令的立法经过，其中，对于股东的责任也产生了诸多争议。首先，第一草案「台湾合股令临时草案」与『台湾私法』一样，论述了西洋近代法的各种组织，在讨论了与合股的异同点的基础上，将合股理解为合伙的变形形态，对股东的责任做出了以下规定。

第27条，「当合股财产无法偿还合股债务时，各股东负连带责任偿还其债务，如违反此契约的对第三者无效」，规定股东负连带责任的说明理由是「根据以前的惯例，以及适用实际商行为中的必要性而规定的」⁽⁹⁾。同样是由临时旧惯调查会内部进行的立法却产生不同的规定。即『台湾私法』规定为不是连带责任，而「台湾合股令临时草案」却规定为连带责任。因此，在「台湾合股令第二草案」中进行了修改，做出了以下规定。

第28条，「当合股财产无法偿还合股债务时，股东只按其所持有的份额偿还相应的债务」。

可以看出第二草案以合股为合伙的观点表明了各股东责任。但是，在法案审查会中讨论此法案时却产生了分歧。

将其规定为连带责任的是安井勝次等裁判官所选任的委员。安井认为，由于合股中没有资本维持的规定，也就无法肯定合股财产是否确实存在，为了保护债权人必须规定其为连带责任。倘若是股份责任，执行了合股财产之后才能对股东的私有财产请求赔偿，产生与其他债权人相竞合的情形时无法保护合股债权人。而且，对于认为台湾人无连带观念的理解，认为「如果没有连带观念的话，就可以培养其连带观念」。主张为了统一日本内地法和台湾法也必须采用连带责任⁽¹⁰⁾。

对于以上的主张，起草委员的石坂音四郎主张合股是与合伙相近的制度，规定为连带责任并不恰当，并且在此基础上介绍了根据习惯调查而起草了法案之事。首先，在南部的调查中，台湾人认为如负连带责任则对有钱人不利。中部的鹿港也主张不要采用连带责任。因此，台湾人没有连带责任的观念，倘若规定连带责任，那么台湾人会因此感到厌恶而促使合股制度衰退，对台湾的经济而言也不是上策。因此规定为股份责任⁽¹¹⁾。另外，手岛兵次郎起草委员对于在第一草案中规定连带责任做出以下说明，即参照当初的判决案例规定了连带责任，但由于之后没有充分调查，所以又在各地进行了惯例调查⁽¹²⁾。

正如以上所概况的，即使在委员之间对股东的责任产生意见分歧，究竟台湾的惯例是连带责任呢还是股份责任？石坂起草委员认为「连带债务的旧惯例并不明确，认为有限责任的人居多」⁽¹³⁾，岗松参太郎起草委员也认为「惯例并不明确，极难说明此草案适合于惯例」⁽¹⁴⁾，最终判定规定股份责任见解的草案不适合于惯例。

第二草案以「根据当今的岛势，应急需确立商事立法，有必要将此公开以听取广大法律学者，实务界的意见」为由，公开在「台法月报」上⁽¹⁵⁾，对此，实务界的许多专家也纷纷将自己的意见反馈到

「台法月报」。

比如，处理有关合股案件颇有丰富经验的瀧野種孝律师认为「根据本岛的商惯例可以断言合股的对外责任绝不是连带责任」，而且，以台湾人的观念，「相互出资进行合股营业时，台湾人普遍认为只对出资的财产，也就是对其店里所持有的合股财产负相应责任」，或是，「并无连带观念，共同出资以赚钱目的做买卖，万一出现失误时只负出资责任是他们对于合股对外责任的观念」。另一方面，对于债权人观念，瀧野種孝律师也做出了如下陈述，即「所谓的本岛商惯例，根据债权的金额分配商店里所存有的财产，如果之后无法偿还所有的债务，剩余的债务就失效，股东并不存在被追究私有财产的情形」，「现实主义的本岛人在此种情形下，仅仅只是接受偿还存在于店里的财产，对于剩余的债权并不过分追究股东的财产」⁽¹⁶⁾。

对于股东是否负有限责任，野津三次郎律师出示了台湾制麻公司的章程，其中规定股东的责任为有限责任，他指出草案中将股东的责任规定为无限责任，与现实中所进行的合股行为不相符合⁽¹⁷⁾。

虽然没有实施「台湾合股令」，但在其讨论的过程中也认定对于合股惯例的理解存在诸多差异。也许立法者将其与日本法中的概念进行综合比较的基础上，采用与惯例不同的股份责任以保护合股的债权人。

4 裁判中的意见分歧

正如法案审查会中以裁判官出身的委员所表明见解那样，法院将股东的责任解释为连带责任。最初表明连带责任的是1898年的上诉判决。其要旨为「共同商号的债务具有对外不可分的性质，各成员履行全部责任」⁽¹⁸⁾。1907年的上诉审判决中指出「公司的出资者对公司的债务负连带责任」⁽¹⁹⁾。1911年的上诉审判决中也指出「各合股成员对合股营业上的债务负连带责任」⁽²⁰⁾。

那么法院一致采取连带责任的立场是否与惯例产生矛盾呢。下面来看一下法三号实施后的案例。

首先是1923年高等法院上诉部所作出的判决⁽²¹⁾。上诉人的主张是，第一审认为既然是合股债务就必须负连带责任，虽然主张连带债务的不正当性，但在上诉审中并没有指出这一点。对此，上告部认为「股东对合股交易中的债务负连带偿还责任是本岛的惯例法」，理所当然地判定股东应当负连带责任。上诉人主张连带债务的理解方法不是合伙而是无限公司，上告部的解释是股东负连带责任的理由不是将合股看作为无限公司，而是根据「迅速且确实地进行合股的交易的主旨」。

1924年的高等法院上告部中也出现与股东责任有关的判决⁽²²⁾。上诉人主张台湾自古以来没有连带债务的观念，但是上告部认为这是上诉人的专断，判定「惯例法中存在股东对合股债务负连带责任，裁判中也应当如此肯定」。对此，上诉人认为虽然在数十年来的判例中有存在对连带债务的说明，那是「判例法就是肯定了新惯例法」。

正如以上所概述的，裁判所将股东责任理解为连带责任，这从日本统治台湾初期开始到由实施法三号引进日本内地法以后一贯的判断。而且，法院主张连带责任是台湾的惯例。这样的判决见解在安井勝次裁判官的发言中也有所体现⁽²³⁾。即关于「台湾合股令」立法的法案审查会中指出「在民事案例中负连带责任的是特例，而在商事案件中负连带责任的则是一般原则，可根据商法273条的规定明确其连带责任」，他主张那是为了确保安全交易⁽²⁴⁾。法院认为合股并不是无限公司，而是合伙⁽²⁵⁾，对于股东的责任则是引进了为了确保交易的安全等日本商法的基本立场而理解其为连带责任。

5 结语

以上尝试了关于合股立法的规制，但是，这种方法是通过与西洋近代法上各种组织相比较而决定了合股的法律性质，最终采用了合伙变形说的立场。对于股东的责任，当初虽然出现了连带责任的立

法案，之后采用了股份责任，并且当合股财产无法偿还所有债务时，规定可以延生到股东的个人财产以追究其责任。实务界指出这样的法案立场不是延续了合股的惯例。

另一方面，法院一贯坚持连带债务为惯例法的立场，也从不听取律师的批评意见。

根据以上的讨论结果可以看出，台湾的惯例虽强调尊重法律制度，但也不是完全尊重，而是添加了一定的附加成分。特别是法院认为「判例产生惯例，而惯例又产生了新惯例」⁽²⁶⁾，可以说通过判例可以创造新惯例。

对于台湾通过日本内地法为媒介接受西洋近代法，如果以合股为例，不论是立法的尝试，还是在裁判中都采取了与实际惯例不同的做法，这是实现了以安全交易为目的的近代商法的基本原则。并且，对于台湾接受西洋近代法，不仅仅限于对以法三号为法典的日本内地法的接受，可以说是在必须维持的惯例中事实上也是根据西洋近代法的原则添加了诸多附加成分。

- (1) 一般情况下用“继受”来表示法的移转现象，这里是指日本统治台湾期间内，台湾接受日本内地法的情形，从日本统治当局的立场来看用“导入”来表示，而对于台湾人民来说则是用“接受”来表示。关于法的“继受”用语可参照沢木敬郎『法の継受』『岩波講座現代法14巻』113頁以下。当今社会，为了对应经济全球化将不断发展的法的共同化现象理解为法的移转现象，因此有必要重新构筑“法的继受”的概念。
- (2) 法院机构作为一审终审制于1895年10月7日根据「台湾總督府法院職制」开始整备，当时由地方官担任裁判职务。民政转移后的1896年5月1日根据「台湾總督府法院条例」第4条规定认为「法院构成法中规定只有具有审判资格的人才能成为法官」，因此，具有日本内地法官资格的人士才可担当裁判职务。但是，同一条但书指出一时也可任用不具有地方法院法官资格的人士。
- (3) 事实上，内地延长法发挥了作用，日本内地法于1923年1月1日开始实施。
- (4) 直接适用内地法时，是否设立除外例由总督府评议会进行审议。在商法领域，1921年6月举行的第一次总督府评议会中讨论了是否将合股作为除外例的事项。由于合股可以适用于商法第1条的商惯例法，因此无需将它作为除外例。确认可以采取全面实施内地商法的方针。对此可以参照「第一回台湾总督府评议会会记录」256頁以下。
- (5) 战前关于合股的研究居多，其中代表性的成果有临时台湾旧惯调查会『台湾私法第三卷下』1911年，根岸悌『商事に関する慣行調査報告書—合股の研究—』1943年。战后的研究成果有王泰升「台湾企業組織法之初探與省思」『商法專論—賴英照教授五十歲生日祝賀論文集』1995年41頁以下，（王泰升『台湾法律史的建立』1997年281頁以下。详细内容可参照后藤武秀「台湾企業の源流としての合股—『台湾私法』の所説を中心として—」『アジア文化研究所研究年報45号2011年221頁。
- (6) 也有不以经营商业为目的的民事合股。关于民事合股的研究成果较少，具体可参照『台湾私法第三卷下』251頁以下，堀田真猿「商事合股と民事合股との異同」法院月報4巻11号1910年133頁以下，「台湾合股令仮案」17頁。
- (7) 临时台湾旧惯调查会「台湾合股令仮案」（国立台湾中央図書館台湾分館所蔵）1908年1頁。
- (8) 同上1頁。
- (9) 同上71頁。
- (10) 「法案审查会第一回会议议事记录」69頁以下。此会议是由临时台湾旧惯调查会内部设立的，1909年9月18日在总督官邸召开。
- (11) 「法案审查会第一回会议议事记录」72頁以下。
- (12) 同上84頁以下。
- (13) 同上73頁。
- (14) 同上75頁。

- (15) 台法月報5卷2号1911年27頁。
- (16) 瀧野種孝「合股令案に就て」台法月報5卷3号1911年44頁以下。
- (17) 野津三次郎「再び合股令案に就て」台法月報5卷6号1911年191頁以下。
- (18) 「台湾合股参考立法例」107頁，堀田真猿「慣習・合股に関する旧慣判例」法院月報2卷9号1908年36頁。
- (19) 「台湾合股参考立法例」111頁，堀田「同上」38頁。
- (20) 『台湾總督府覆審・高等法院判例第一卷』1991年文生書院復刻版290頁。后藤武秀「日本統治時期台湾における合股の変遷—股東の責任を中心として—」東洋通信48卷4・5号，2011年30頁以下。
- (21) 『台湾總督府覆審・高等法院判例第三卷』1991年文生書院復刻版69頁以下。
- (22) 同上421頁以下。
- (23) 「法案审查会第一回会议议事记录」70頁。
- (24) 同上。
- (25) 最早是在1901年7月的上诉审判决中指出“即使由合伙成员中的一人担任业务执行，各个出资者也要承担和伙的债务”。此后的1902年3月上诉审判决，同年5月上诉审判决中都一致将合股解释为合伙。参考「台湾合股参考立法例」108頁以下。
- (26) 『台湾總督府覆審・高等法院判例第一卷』72頁。

【日本語要旨】

台湾における西洋近代法の受容1895年に始まる日本統治時代に日本内地法を媒介として行われた。台湾統治の機関である台湾總督府は，法治主義を原則とする日本内地の統治方式を移植した。紛争処理については，裁判所機構を台湾全土に設置し，日本の判事資格を有する裁判官がこれを担うこととした。このようにして，日本内地の制度を移植することにより法による統治のための環境整備が行われたのであるが，日本内地法，すなわち明治中期に西洋法を導入して形成されつつあった民事法が直ちに持ち込まれたわけではなかった。六三法に謳われた現地の特殊な事情を優先的に考慮する特別統治主義の下で1898年に発布された「民事商事及刑事ニ関スル律令」により，台湾人と清国人のみが関係者である場合には慣習と条理により処理することとされた。換言すれば，台湾人間の法的問題の処理は台湾の慣習に従って行うことが原則とされ，日本内地法に導入された西洋近代法は適用しないこととされたのである。この方針が根本から変更され，台湾人間の法的問題についても日本内地法が直接適用されるようになるのは，1922年に内地法延長主義を原則とする法三号が制定されてからであった。それゆえ，台湾人社会における西洋近代法の受容，特に民事法の受容はこのときからと考えるのが一般的である。

しかし，日本内地法の受容に当たっては，台湾固有の慣習のうち，これを改めると混乱が生じる恐れのあるものについては除外例として，慣習を優先することとされた。商法の分野では，手形及び合股についてこれを除外例とすべきかどうかを検討されたが，商法第1条に慣習法の適用規定があることから，あえて除外例とはせず，日本内地商法の全面的実施が行われた。

では，はたして台湾の慣習は，日本内地法実施の前後を問わず，一切の加工を施されることなく，維持されたのであろうか。本稿では，台湾に伝統的に存在してきた比較的小規模な営業組織とも言うべき合股を取り上げて，その立法による規制の試みと，裁判所における取り扱いについて検討することによって，この問題の一端を解明した。

立法による規制の試みでは，西洋近代法上の各種の組織と比較することによって合股の法的性質を決めようとし，結果的に，組合変形説とも言うべき対場が採用された。股東の責任については，当初連帯責任とする案があったが，股份責任とし，しかも合股財産をもって弁済しきれない場合は，

股東の個人財産にまで責任が及ぶと規定された。このような法案の立場は、実際の合股の慣習に沿うものではないことが、実務家から指摘された。

他方、裁判所は一貫して連帯債務が慣習法であるという立場を取り続けており、台湾に連帯責任の観念は存在しないという弁護士からの批判に対して耳を傾けることはなかった。

台湾における慣習は、法制度上はその尊重を謳ってはいるが、必ずしも全面的に尊重されたわけではなく、合股に関しては、立法の試みにおいても、裁判においても実際の慣習とは異なる取扱いがなされており、それは取引の安全という近代商法の基本原則を実現して行こうとするものであった。維持されるべき慣習についても事実上西洋近代法の原則による加工が加えられていたと考えなければならない。

後記 本稿は、2012年5月19日、台湾大学法律学院において開催された、渥美国際交流財団主催「第2回日台アジア未来フォーラム・東アジアにおける企業法制的継受及びグローバル化の影響」において報告した「台湾における西洋近代法の受容と慣習法の調整—台湾の伝統的会社組織である合股を例として—」を基とした原稿を中国語化したものである。中国語化にあたっては、東洋大学法学研究科博士課程修了の李秀文女史にお世話になった。記して謝意を表する。